汉译世界学术名著丛书

# 奥本海国际法

下 卷　第一分册

〔英〕劳特派特 修订

2 019 7671 8

汉译世界学术名著丛书

# 奥本海国际法

## 下卷 争端法、战争法、中立法

第一分册

〔英〕劳特派特 修订
王铁崖 陈体强 译

商务印书馆
1989年·北京

汉译世界学术名著丛书

# 奥本海国际法

## 下卷 争端法、战争法、中立法

### 第一分册

〔英〕劳特派特 修订

王铁崖 陈体强 译


商务印书馆出版

（北京王府井大街36号）

新华书店总店北京发行所发行

北京第二新华印刷厂印刷

ISBN 7-100-00645-7/D·45

1972年12月第1版　　开本 850×1168 1/32

1989年12月北京第3次印刷　　字数 300 千

印数 1,800 册　　印张 11 1/8 插页 4

定价：5.10 元

# 汉译世界学术名著丛书
# 出版说明

我馆历来重视移译世界各国学术名著。从五十年代起，更致力于翻译出版马克思主义诞生以前的古典学术著作，同时适当介绍当代具有定评的各派代表作品。幸赖著译界鼎力襄助，三十年来印行不下三百余种。我们确信只有用人类创造的全部知识财富来丰富自己的头脑，才能够建成现代化的社会主义社会。这些书籍所蕴藏的思想财富和学术价值，为学人所熟知，毋需赘述。这些译本过去以单行本印行，难见系统，汇编为丛书，才能相得益彰，蔚为大观，既便于研读查考，又利于文化积累。为此，我们从 1981 年至 1986 年先后分四辑印行了名著二百种。今后在积累单本著作的基础上将陆续以名著版印行。由于采用原纸型，译文未能重新校订，体例也不完全统一，凡是原来译本可用的序跋，都一仍其旧，个别序跋予以订正或删除。读书界完全懂得要用正确的分析态度去研读这些著作，汲取其对我有用的精华，剔除其不合时宜的糟粕，这一点也无需我们多说。希望海内外读书界、著译界给我们批评、建议，帮助我们把这套丛书出好。

商务印书馆编辑部

1987 年 2 月

# 目　　录

## 第一编　国际争端的解决

第一章　国际争端的和协解决 ………………………………………… 1
第一节　国际争端及其和协解决方法概说 ………………………… 1
第 1 目　法律性质和政治性质的国际争端 ……………………… 1
第 2 目　变更法律的要求 …………………………………………… 3
第 3 目　和协解决争端与强制解决争端的区别 ………………… 3
第二节　谈判 ……………………………………………………………… 3
第 4 目　谈判的目的 ………………………………………………… 3
第 5 目　事实的确定 ………………………………………………… 4
第 6 目　谈判的作用 ………………………………………………… 4
第 6 目——1　磋商 ………………………………………………… 4
第三节　斡旋和调停 ……………………………………………………… 5
第 7 目　使用斡旋和调停的场合 …………………………………… 5
第 8 目　提供、请求和从事斡旋与调停的权利和义务 ……………… 6
第 9 目　斡旋与调停的区别 ………………………………………… 6
第 10 目　海牙仲裁公约所规定的斡旋和调停 …………………… 6
第 11 目　斡旋和调停的价值 ……………………………………… 7
第四节　和解 ……………………………………………………………… 7
第 11 目——1　和解 ………………………………………………… 7
第 11 目——2　国际调查委员会 …………………………………… 8
第 11 目——3　布莱恩常设调查委员会 …………………………… 9
第 11 目——4　第一次和第二次世界大战后的和解条约 ………… 10
第 11 目——5　和解委员会的价值和前途 ………………………… 12
第五节　仲裁 ……………………………………………………………… 13
第 12 目　仲裁的定义和概念 ……………………………………… 13

第 13 目 仲裁条约 ……14
第 14 目 仲裁人 ……15
第 15 目 仲裁人适用的法律 ……15
第 16 目 仲裁裁决的拘束力 ……16
第 17 目 何种争端可以由仲裁解决 ……18
第 18 目 仲裁的历史 ……21
第 19 目 海牙公约所规定的仲裁制度 ……22
第 20 目 仲裁条约和仲裁人的任命 ……23
第 21 目 程序 ……23
第 22 目 仲裁裁决 ……23
第 23 目 裁决的最后决定性 ……24
第 24 目 裁决仅对当事国有拘束力 ……24
第 25 目 仲裁费用 ……24
第 25 目——1 简易仲裁……24
第 25 目——1 甲 常设仲裁法院的组织 ……24
第六节 司法解决：国际法院……27
第 25 目——1 乙 成立国际法院的建议 ……27
第 25 目——1 丙 国际联盟盟约与法院 ……28
第 25 目——1 丙子 1928 年对规约的修正 ……28
第 25 目——1 丙丑 联合国宪章与法院 ……29
第 25 目——1 丁 法院的组织 ……30
第 25 目——1 丁子 法院与联合国之外的国家 ……34
第 25 目——1 丁丑 个人和国家以外的团体与法院的关系 ……35
第 25 目——1 戊 法院的职权 ……37
第 25 目——1 己 程序 ……47
第 25 目——1 己子 法院判决书的拘束力和执行 ……49
第 25 目——1 己丑 本国法官 ……51
第 25 目——1 己寅 法院规约的修正 ……53
第 25 目——1 庚 判决、谘询意见和命令的清单 ……53
第七节 和解连同仲裁及司法解决 ……59
第 25 目——1 辛 和解、仲裁和司法解决的结合 ……59

第25目——1 壬 和解作为专门解决“政治性争端”的程序 ……60
第25目——1 癸 和解作为对一切争端的有拘束力解决的初步办法 ……61
第八节 联合国与争端的解决 ……66
第25目——2 联合国宪章与国际联盟盟约 ……66
第25目——3 适用和平解决程序的争端的性质 ……67
第25目——4 提交联合国以前的和平解决 ……70
第25目——5 安全理事会与争端的解决 ……71
第25目——6 大会的职能 ……77
第25目——7 争端和情势 ……78
第25目——7 甲 谁能向联合国提出争端或情势 ……79
第25目——7 乙 宪章方案内的司法解决 ……80
第25目——7 丙 国内管辖事项与争端的解决 ……81
第25目——7 丁 区域办法与争端的解决 ……82
第25目——7 戊 非会员国与宪章下的争端的解决 ……84
第九节 军备的裁减和限制 ……85
第25目——8 国际联盟盟约下的军备限制 ……85
第25目——9 两次世界大战间的限制军备条约 ……87
第25目——10 裁军会议 ……88
第25目——11 宪章下的军备管制 ……89
第25目——12 原子武器与原子能管制 ……90
第二章 国际争端的强制解决 ……93
第一节 解决国际争端的强制方法概说 ……93
第26目 解决国际争端的强制方法的概念和种类 ……93
第27目 强制方法与战争不同 ……93
第28目 强制方法与最后通牒及示威不同 ……94
第二节 反报 ……94
第29目 反报的概念和特征 ……94
第30目 反报的理由 ……94
第31目 反报的行使 ……95
第32目 反报的价值 ……95

第三节 报复 ……95
第 33 目 报复的概念与反报不同 ……95
第 34 目 对于一切国际不法行为可以实行报复 ……96
第 35 目 只能对于国际不法行为实行报复 ……97
第 36 目 由谁实行报复 ……97
第 37 目 报复的对象 ……98
第 38 目 积极和消极的报复 ……99
第 39 目 报复必须是合比例的 ……99
第 40 目 扣船 ……100
第 41 目 报复之前应先谈判，赔偿之后应即停止报复 ……101
第 42 目 平时报复与战时报复不同 ……101
第 43 目 报复的价值 ……101
第四节 平时封锁 ……102
第 44 目 平时封锁的实践的发展 ……102
第 45 目 平时封锁是否许可 ……103
第 46 目 平时封锁与第三国船舶 ……104
第 47 目 平时封锁与被封锁国的船舶 ……105
第 48 目 平时封锁的方式 ……105
第 49 目 平时封锁的价值 ……106
第五节 干涉 ……106
第 50 目 干涉与参与争端不同 ……106
第 51 目 干涉的方式 ……107
第 52 目 干涉的时间 ……107
第六节 联合国会员国间解决争端的强制方法 ……108
第 52 目——1 宪章下的武力和武力威胁 ……108
第 52 目——1 甲 宪章下的自卫和诉诸武力 ……110
第七节 联合国的强制解决与宪章的执行 ……114
第 52 目——2 国际组织中的强制措施 ……114
第 52 目——3 国联盟约下的强制解决 ……115
第 52 目——4 宪章下的强制解决 ……116
第 52 目——5 和平之威胁与和平之破坏 ……117

第52目——6　临时措施 ……120
第52目——6甲　武力以外的强制措施 ……121
第52目——6乙　以武力实行强制 ……121
第52目——6丙　执行的办法 ……125
第52目——6丁　联合国的执行办法的有效性 ……125
第三章　战争的废弃 ……129
第52目——6戊　战争在国际法上的地位 ……129
第52目——6己　限制战争权利的尝试 ……130
第52目——6庚　废弃以战争作为国家政策的工具 ……132
第52目——6辛　巴黎公约的法律效果 ……133
第52目——6壬　巴黎公约与和平解决的义务 ……134
第52目——6癸　诉诸次于战争的武力 ……135
第52目——7　自卫问题 ……136
第52目——8　巴黎公约的制裁 ……139
第52目——9　巴黎公约的终止 ……141
第52目——10　巴黎公约、国联盟约和联合国宪章 ……141
第52目——11　巴黎公约在国际法上的地位 ……143

## 第二编　战　争

第一章　战争概说 ……145
第一节　战争的特征 ……145
第53目　战争与国际法 ……145
第54目　战争的概念 ……145
第55目　战争是一种争斗 ……146
第56目　战争是国家之间的争斗 ……147
第57目　战争是国家之间通过武装部队的争斗 ……147
第57目——1　影响武装部队与平民之间的区别的现代发展 ……149
第58目　战争是国家之间为着彼此制服的宗旨而进行的争斗 ……151
第59目　内战 ……151
第59目——1　日内瓦公约与内战 ……152

第 60 目 游击战和抵抗运动……154
第二节 战争的原因、种类和目的……158
第 61 目 作战规则与战争的合法性……158
第 62 目 战争的原因……161
第 63 目和第 64 目 战争原因的正义性……162
第 65 目 为集体执行国际法而从事的敌对行为……163
第 66 目 战争的目的……163
第三节 战争法规……164
第 67 目 战争法规的起源……164
第 68 目 战争法规的几项最重要的发展……165
第 69 目 战争法规的拘束力……168
第 69 目——1 普遍参加条款……170
第四节 战区……172
第 70 目 战区与战场不同……172
第 71 目 特殊战区……173
第 71 目——1 托管领土作为战区……176
第 72 目 因中立化而被置于战区之外……178
第 73 目 把波罗的海置于战区以外的主张……180
第五节 交战国……181
第 74 目 成为交战国的资格……181
第 75 目 成为交战国的可能性……181
第 76 目 交战地位的承认……182
第 76 目——1 承认敌国人民为同盟交战者……184
第 77 目 主要交战国和辅助交战国……185
第六节 交战国的武装部队……186
第 78 目 正规的陆军和海军……186
第 79 目 武装部队中的非战斗员……187
第 80 目 非正规部队……187
第 81 目 居民军……188
第 81 目——1 突击队和空运部队……190
第 82 目 野蛮部队……191

第 82 目——1　交战国部队中的外国人 ……191
第 83 目　私掠船 ……192
第 84 目　改装的商船 ……192
第 85 目　商船船员 ……195
第 86 目　逃兵和叛徒 ……196
第七节　敌性 ……197
第 87 目　敌性概说 ……197
第 88 目　个人的敌性 ……198
第 88 目——1　公司的敌性 ……202
第 89 目　船舶的敌性 ……204
第 90 目　货物的敌性 ……207
第 91 目　敌船的转让 ……208
第 92 目　海上货物的转让 ……211
第二章　战争的爆发 ……213
第一节　战争的开始 ……213
第 93 目　战争的开始概说 ……213
第 94 目　宣战 ……215
第 95 目　最后通牒 ……215
第 95 目——1　最后通牒与战争的禁止 ……218
第 96 目　开始战争的行为 ……219
第二节　战争爆发的效果 ……220
第 97 目　战争爆发的一般效果 ……220
第 98 目　外交往来和领事活动的断绝 ……221
第 99 目　对条约的效果 ……222
第 100 目　交战国人民在敌国领土内的地位 ……224
第 100 目——1　在敌国领土内的诉讼资格 ……226
第 100 目——2　1949 年日内瓦公约与外国敌人的待遇 ……[illegible]
第 101 目　交战国人民之间的交往——特别是贸易 ……233
第 101 目——1　战争对契约的效果 ……236
第 102 目　敌国境内的交战国财产的地位 ……238
第 102 目——1　中立国境内的交战国财产 ……242

第 102 目——2 战争的爆发对商船的效果……243
第 102 目——3 战争爆发对敌国民用飞机的效果……245
第三章 陆战……245
第一节 陆战概说……245
第 103 目 陆战的目标和手段……246
第 104 目 陆战中合法的和不合法的手段……245
第 105 目 作战手段的对象……246
第 106 目 陆战和海战的区别……247
第二节 对敌方人身使用的暴力……247
第 107 目 对敌方人身使用的暴力概说……247
第 108 目 战斗员的杀伤……247
第 109 目 拒绝纳降……248
第 110 目 合法的和不合法的杀伤战斗员的手段……248
第 111 目 爆炸性子弹……249
第 112 目 膨胀弹(达姆弹)……250
第 113 目 散布窒息性或有毒气体的投射物……250
第 114 目 从航空器上使用的暴力……252
第 115 目 对武装部队的非战斗员使用的暴力……253
第 116 目 对敌国私人使用的暴力……253
第 116 目——1 原子武器的合法性……255
第 117 目 对敌国元首和重要官员使用的暴力……259
第三节 对伤者和尸体的待遇……259
第 118 目 日内瓦公约的起源……259
第 119 目 伤者、病者和死者……260
第 120 目 医疗队、医疗所和医疗器材……261
第 121 目 人员……262
第 122 目 医疗运输……263
第 122 目——1 医务飞机……264
第 122 目——2 医院地带和处所……264
第 123 目 特殊标志……265
第 124 目 对死者的待遇……266

第 124 目——1　公约的适用……267
第 124 目——2　对病伤平民的保护……268
第四节　在俘……269
第 125 目　关于俘虏问题的国际法的发展……269
第 126 目　适用公约的各种冲突……271
第 126 目——1　哪些人可以要求为战俘……273
第 126 目——1 甲　保护国……275
第 126 目——2　一般原则：战俘的保护……276
第 127 目　在俘……278
第 127 目——1　拘禁……279
第 127 目——2　待遇……280
第 127 目——3　纪律……281
第 127 目——4　移送……281
第 127 目——5　战俘的使用……282
第 127 目——6　财务规定……283
第 127 目——7　与外间的关系……284
第 127 目——8　与当局的关系……285
第 128 目　刑事和纪律制裁概说……285
第 128 目——1　纪律制裁……287
第 128 目——2　司法诉讼……288
第 129 目　在俘的终止……290
第 130 目　战俘情报局……291
第 131 目　公约的执行……292
第 132 目　日内瓦公约的退出……293
第五节　敌方公有财产的没收和利用……294
第 133 目　没收一切敌产现已不再允许……294
第 134 目　公有不动产……294
第 135 目　自治市政团体和宗教、慈善及类似机关的不动产……295
第 136 目　公有建筑物的利用……295
第 137 目　公有动产……295
第 138 目　自治市政团体和宗教、慈善及类似机关的动产……296

第 138 目——1 第一次世界大战中的公有动产……296
第 138 目——2 第二次世界大战中的公有动产……297
第 139 目 战场上的战利品……298
第六节 敌方私有财产的没收和利用……299
第 140 目 私有不动产……299
第 141 目 私有的战争物资和运输工具……299
第 142 目 艺术科学作品、历史纪念物……300
第 143 目 其他私有个人财物……300
第 143 目——1 两次大战中的私有动产……301
第 144 目 战场上的战利品……301
第 145 目 携入交战国领土内的敌方私有财产……302
第七节 征用和捐献……302
第 146 目 以战养战……302
第 147 目 实物征用和占住民房……304
第 148 目 捐献……305
第八节 敌产的破坏……306
第 149 目 禁止恣意的破坏……306
第 150 目 为进攻和防御而进行破坏……306
第 151 目 在行军、侦察和进行运输时所作的破坏……307
第 152 目 军械、弹药和给养的破坏……307
第 153 目 历史纪念物、艺术品等的破坏……308
第 154 目 全面破坏……308
第九节 强攻、包围和轰击……310
第 155 目 强攻、包围和轰击的合法性……310
第 156 目 强攻……311
第 157 目 包围……311
第 158 目 轰击……312
第十节 间谍行为和战时叛逆行为……313
第 159 目 间谍行为和战时叛逆行为的双重性质……313
第 160 目 间谍行为与侦察和送信不同……314
第 161 目 对间谍行为的惩罚……315

第 162 目　战时叛逆行为 ……316
第 162 目——1　鼓动敌国人民叛变 ……317
第十一节　诈术 ……318
第 163 目　战争诈术的性质 ……318
第 164 目　军略的种类 ……319
第 165 目　军略与背信弃义行为不同 ……320
第十二节　敌方领土的占领 ……320
第 166 目　占领是作战的一个目的 ……320
第 167 目　占领何时完成 ……322
第 168 目　占领何时结束 ……324
第 169 目　占领者的一般权利和义务 ……324
第 170 目　占领者对居民的权利 ……326
第 171 目　政府官员和市政公务员在占领期间的地位 ……330
第 172 目　法院在占领期间的地位 ……331
第 172 目——1　第二次世界大战期间德国的交战占领 ……333
第 172 目——2　1949 年日内瓦公约和占领地内平民的保护 ……335

# 第一编　国际争端的解决

## 第一章　国际争端的和协解决

### 第一节　国际争端及其和协解决方法概说

**第1目　法律性质和政治性质的国际争端**　国际争端可以因种种原因而发生。一般把它们分为法律性质的争端和政治性质的争端。法律性质的争端是指争端当事国的要求和论据是以国际法所承认的理由为根据的那些争端。所有其他争端通常都被称为政治性质的争端或利益的冲突。为了某些目的，①这种区别在理论

① 法律性质的争端和政治性质的争端的区别也常被称为可裁判的争端和不可裁判的争端的区别，或关于权利的争端和利益冲突的区别。这种区别现在成为各种有关和平解决的文件所体现的实在国际法的一部分。它曾经构成第一次世界大战前缔结的许多仲裁条约的一部分；这些仲裁条约采取了1903年英法仲裁条约的公式；在英法条约中，双方议定将"属于法律性质的或关于条约解释的"争端提交仲裁(见第17目)。这种区别现在至少在形式上是体现于国际法院规约第三十六条的任意条款(见第25目——1戊)、和平解决国际争端公约(见第25目——1癸)和大多数其他有关和平解决的条约之中。

只有极少数有关和平解决的条约完全不问法律性质的和政治性质的争端的区别；在这些条约中，各缔约国同意将一切争端无保留地提交司法解决。例如：1931年暹罗和瑞士之间的条约、1934年哥伦比亚和秘鲁之间的条约、1941年哥伦比亚和乌拉圭之间的条约、1947年中国和菲律宾之间的条约。

这两大类争端的区别，可以被理解为而且曾经被理解为至少具有三种意义：(一)这种区别可能是以下述见解为根据的，即：有些争端是政治性质的或不可裁判的，因为由于国际法的发展有缺陷，对它们不能用现行法律规则来判决；(二)这种区别可能是以下述意见为根据的，即：某些争端是"政治性质的"，因为它们对各国的独立和主权有如此重大的影响，以致它们不适于完全根据法律的考虑来加以判决；(三)这种区别可能是和提出要求或辩护理由的当事国的态度有关的。按照最后一种标准，只有各当事国认为其要求或辩护理由是以现行法律为根据的争端才是"法律性质的"，而各当事国

上是正确的,并有实际的重要性。但是在强制和平解决的条约中,是否能够适当地采用这种区别,以断定哪些争端应提交有拘束力的司法程序或仲裁程序,则是有争论的。

---

认为涉及变更法律的要求的争端乃是关于"利益的冲突"的争端,因而是政治性质的和不可裁判的。显然,依照一种标准是"法律性质的"或"可以裁判的"争端,可能依照其他任何一种标准却是"政治性质的"争端。

现在有越来越强烈的倾向,认为上述这些标准中的第一种标准是不科学的;它是违反禁止法官以所谓没有法律为理由而拒绝作判决的基本原则的;它是不符合国际法院规约第三十八条实际上无限制的规定的(见第25目——1戊);并且它已为国际司法解决的经验所推翻,国际司法解决经验从来没有过以无法律规则可资应用为理由而拒绝裁判的实例。同样地,以争端的相对重要性为根据的标准,即令同时赋予法庭以决定某一争端是否"重要"的权力,现在也日益被认为不适于断定在任何具体案件中有无司法解决义务的问题。第三种标准纯粹是主观的,是以各当事国的态度为决定性的因素,但它却得到很多人赞同,并且得到和平解决国际争端公约和其他许多文件的规定的支持。

不容否认,在国际关系中确有各国公开地或含蓄地要求改变现行法律的情形,而且国际社会应该规定比现有更为有效的应付这种冲突的方法。但是,以提出这种要求的可能性为根据的标准,不能被用为在规定强制解决的文件中区别"可以裁判的"和"不可裁判的"争端的根据,否则将大大地破坏人们认为这类文件所要达到的目的。采用这种标准,除其他的意义以外,是意味着:每遇对于一种争端是否在强制司法解决义务范围之内的问题有争执时,对于答复条约义务是否适用于某一特殊争端的问题有决定性作用的,将是当事国的意见,而不是条约的内容。这在事实上就意味着否定强制司法解决的义务。

虽然在规定强制司法解决的条约中对于决定争端是否在这种义务范围内的区别标准已经在现行条约中巩固地确定下来了,但是,这一事实对于确定这种传统区别作为规定强制解决争端文件的一部分的法律价值,并不具有决定性作用。法律性质的和政治性质的(或可以裁判的和不可裁判的)争端之间的区别的各种形式,对于研究国际关系的政治和历史方面的人可能是有兴趣的。这些区别在促使人们注意必须提供方法以调整国际法使其适应国际情势变化这一方面可能是有用的;这些区别在提示政治家和作者们哪些争端应该用特殊保留的方法免除强制司法解决义务的方面可能是有价值的。要提出一种标准来决定某一特定争端在现行条约中是否被包括在强制司法解决范围之内,这是这种区别所不可能实现的目标。这就意味着,把这种区别列为司法解决条约的一部分,是没有任何用处的。反之,它的效果却是对这些文件所自己宣称含有的义务加上一种破坏性的因素。

应当注意的是,正如一些条约所表明的(见第25目——1癸),和解程序的实现绝不依靠于这种传统区别的采用。

**第 2 目　变更法律的要求**　用依据事先承担的义务而作的有拘束力的判决，来解决变更现行法律的要求的问题，是沒有好处的。但是处理这种性质的爭端的方法可以是关于和平解决的条约中或规定国际社会的机关的救济性或立法性行动的一般性文件中所承担义务的內容。这样，它们就正当地属于国际法范围之內。

**第 3 目　和协解决争端与强制解决争端的区别**　政治性质的和法律性质的爭端可以用和协方法，也可以用强制方法加以解决。大多数国家现在已经在强制司法解决方面承担了广泛的义务。它们之中多数是受国际法院规约中所谓任意条款①的义务以及甚至更广泛的义务②的拘束的。但是这些文件实质上幷沒有影响国际法院所明白确认的规则③，即：现在还沒有使各国必须通过仲裁或司法程序以解决它们的爭端的普遍性的国际法律义务。

## 第二节　谈　判

**第 4 目　谈判的目的**　谈判是解决国际爭端的最简单的幷为各国在使用其他方法以前通常使用的方法。④ 的确，绝大多数关于和平解决的条约都承认谈判是解决国际爭端的第一步。大多数条约都以谈判解决爭端的失败作为强制仲裁或司法解决的先决条件。在联合国宪章第四十条所列举的各当事国在请求安全理事会管辖以前应当先行采用的各种解决方法之中，谈判居于第一位。

① 见第 25 目——1 戊。

② 见第 25 目——1 癸。

③ 见第 12 目。

④ 见上卷，第 477 目至第 482 目；在这几目中曾对谈判作一般的讨论。但是国际常设法院不接受这样一种见解，即认为所有授予该法庭以管辖权的条款都必须认为隐含有必须进行谈判的条件。

1947 年 9 月 2 日美洲国家互助条约设立了一个“协商机构”，但该机构的目的是实施该条约关于和平解决的规定。它的主要目的并不是要成为争端各国间进行协商的途径。

**第 5 目 事实的确定** 妨碍以谈判方法解决争端的最普通的障碍之一是难于确定引起争端的确切事实。第一海牙公约所规定的国际调查委员会或所谓布莱恩“冷却”条约所规定的常设调查委员会这一类的机构的价值就在于此①。

**第 6 目 谈判的作用** 谈判的作用可能是表明了各当事国完全不能达成友好谅解。但是，谈判的作用常常是使当事国一方承认他方的要求。有时，谈判的结果，当事国一方虽然不承认对方所主张的权利，但却愿意为了和平而放弃自己的权利。最后，谈判的结果可能是达成妥协。

**第 6 目——1 磋商** 有些条约规定各缔约国之间应进行磋商。例如在 1922 年 2 月 6 日关于中国的九国公约第七条中，各缔约国同意：“无论何时，遇有某种情形发生，缔约国中之任何一国认为牵涉本条约规定之适用问题，而该项适用宜付诸讨论者，有关系之缔约各国应完全坦白互相通知”。② 类似的关于磋商的规定在第一次世界大战以前虽然不是完全闻所未闻的，但在第二次世界大战以前的期间，却是愈益常见的。③ 例如在 1949 年 4 月 4 日北大西洋公约第四条中，各缔约国同意：无论何时，如缔约国中的任何一国认为它们之中的任何一国的领土完整、政治独立或安全受到

① 见第 11 目——3。

② 根据该条，比利时在 1937 年 10 月召开了布鲁塞尔会议以讨论因日本侵略中国而发生的情势。日本虽然是本约的签字国，但拒绝参加。

③ 例如，在下文述及的各泛美公约（第 11 目——3，附注）和命运不佳的 1938 年 9 月 30 日英德慕尼黑宣言；在慕尼黑宣言中，两国代表“决定应以磋商方法作为处理有关我们两国的任何其他问题［即捷克斯洛伐克问题解决办法以外的问题］的方法”。

威胁时，各缔约国应共同磋商。这种规定的法律作用并不总是清楚的。这种条约有时把磋商当作一种制订共同政策或态度的方法，而不问各当事国之间的任何现有争端。就关于磋商的规定的目的是要便利解决各缔约国间的争端这一点而言，这种规定的法律作用是和必须进行谈判的义务所具有的法律作用沒有什么区别的。

## 第三节　斡旋和调停

**第7目　使用斡旋和调停的场合**　在各当事国不愿以谈判解决它们的争端，或者它们曾经谈判而不能达成谅解时，第三国[①]可以通过它的斡旋或调停使争端获得解决。这种协助可以出于争端当事国一方或双方的请求，也可以由第三国自动提出。集体调停，即由几个国家充当调停者，也是可能的。例如，玻利维亚和巴拉圭之间的长期战争，主要就是由于阿根廷、巴西、智利、美国、秘鲁和乌拉圭在1935年至1937年间的调停而告结束的。在荷兰和印度尼西亚共和国之间的长期争端中，安全理事会曾于1947年8月决议在各当事国间从事斡旋以求争端的和平解决。同年11月，安全理事会指派了一个斡旋委员会，由比利时、澳大利亚和美国的代表组成，代表安全理事会进行工作。同样地，在巴勒斯坦争端的过程中，大会于1948年5月规定任命联合国调停人，赋予他的任务之一是促进"巴勒斯坦未来局势的和平调整"[②]。

---

① 可以加上：或者该国的一个公民。例如，1936年12月23日签订的美洲国家斡旋调停条约规定：当纠纷不能以普通外交方法解决时，各缔约国得请求由美洲其他国家著名公民，最好是从依照条约的规定而拟订的名单中选出的公民，从事斡旋和调停。

② 1948年5月15日的决议。

**第 8 目 提供、请求和从事斡旋与调停的权利和义务** 第三国照例沒有提供斡旋或调停的义务或接受冲突各国请它担任此项工作的请求的义务；冲突中的各当事国照例也沒有请求或接受第三国的斡旋和调停的义务。但是，这种义务可以因特别条约而产生。①

**第 9 目 斡旋与调停的区别** 斡旋与调停之间是有理论上的区别的。两者之间的区别是：**斡旋**是各种有助于促使冲突各国进行谈判的行动；而**调停**则是当事国间以调停人所提出的建议为基础直接进行谈判。但是，外交实践和条约对于斡旋和调停不总是加以区别的。1948 年 4 月 30 日的美洲和平解决条约（波哥大公约）虽然依照上述的意义对斡旋与调停加以区别，但扩大了两者的概念，规定不仅可以由美洲一个政府，并且可以由一个非爭端当事国的美洲国家的"著名公民"担任这种任务。②

**第 10 目 海牙仲裁公约所规定的斡旋和调停** 海牙和平解决国际爭端公约（第二条至第八条）力图劝导各签字国比过去更多地采用斡旋和调停。

（一）这些条款明白规定与爭端无关的国家有权利提供斡旋或调停，并规定不能认为行使这种权利是不友好的行为。（二）斡旋和调停仅具有建议的性质，绝无拘束力（第六条）。（三）接受调停不应有中止、延迟或妨碍动员或其他战争准备措施的效果；如果在接受调停前已经发生战争，除另有约定外，不应有中止军事行动的效果（第七条）。③

① 例如，1856 年 3 月 30 日奥地利、法国、英国、普鲁士、俄国和萨丁尼亚与土耳其所订的巴黎和约第八条。又关于海牙公约，见第 10 目。

② 第九条和第十一条。

③ 海牙公约的这些规定并未为后来的更广泛的约定所废弃。例如，国际联盟为中日争端而设立的远东谘询委员会在 1937 年认为，第一海牙公约的各项规定对于这

**第 11 目 斡旋和调停的价值** 不论在各当事国诉诸武力以前或以后，斡旋和调停对于和协解决国际冲突的价值都是很大的。海牙公约给予第三国以进行斡旋和调停的合法权利，因而大大地提高了这种协助的价值。1904 年的多革滩事件可以被举出来作为采取这种办法而避免发生战争的一个例子，因为由于法国的调停，英国和俄国同意了设立一个国际调查委员会。① 美国总统的斡旋是劝使俄国和日本于 1905 年 8 月开始谈判并于 1905 年 9 月 5 日缔结朴茨茅斯和约、从而结束一个战争的方法。联合国宪章给予各会员国以及秘书长以援用联合国集体调停的权利，他们得将任何争端或可能引起国际摩擦或可能产生争端的任何情势提请安全理事会或大会注意。②

## 第四节 和 解

**第 11 目——1 和解** 和解是一种解决争端的程序，其方法是将争端提交一个若干人组成的委员会，委员会的任务是澄清事实并（普通在听取双方意见和努力使它们达成协议以后）提出包括解决争端建议在内的报告，但这种报告不具有裁决或判决的拘束性。

从历史上看，和解可以被认为是从我们即将论及的国际调查委员会和所谓布莱恩"冷却"条约的常设委员会发展而来的。和解是居于提交这种委员会之一的程序和下文将要讨论的仲裁与司法

一争端也可以适用。1945 年，在国际军事法庭对若干德国主要战犯提出的破坏和平罪的控诉书中，第一项罪名是德国违反 1899 年和 1907 年海牙和平解决国际争端公约而从事战争，而没有先试图用这些公约所规定的和平方法解决它的争端。

① 见第 11 目——2，脚注。

② 第三十四条和第三十五条。又见第 25 目——3 和其后各目。

解决程序二者之间的。和解和调查委员会的不同在于：调查委员会的主要目的是澄清事实，希望在这一困难一经克服之后，各当事国将能自行解决争端；而和解的主要目的是取得一个由若干人组成的委员会的积极帮助，使各当事国达成协议。和解和仲裁与司法解决的不同在于：依照和解程序，各当事国没有法律义务采纳向它们提出的解决办法的建议，而对合法组成的法庭的裁决或判决则有法律义务予以遵照。

也应该区别和解与调停。“调停”一词专指由第三国在各当事国之间进行谈判，力图把它们拉在一起的情形；而“和解”一词则专指各当事国将争端提交一个团体，以便公正查明事实并建议适当的解决办法的情形。

**第11目——2　国际调查委员会**　海牙和平解决国际争端公约各缔约国建议（公约第九条）：如果因对事实问题有意见纷歧而发生争端，而这种争端不涉及荣誉或重大利益；而且各当事国又不能以外交谈判加以解决，各当事国应在情形许可范围内，组织一个国际调查委员会，通过公正和慎重的调查，澄清产生分歧的事实。1899年的公约关于这一点只有六条规定（第九条至第十四条）。1907年的第二次会议，吸取了多革滩事件的调查委员会①——设

① 1904年10月21日，当日俄战争期间，俄国波罗的海舰队于开赴远东途中，向北海的多革滩附近的赫尔渔船队射击，结果打死渔民两名并有几只曳网渔船受到相当损失。英国不仅要求俄国道歉和给付充分的损害赔偿，并且要求严惩对这次暴行负责的军官。俄国认为这次射击是由于日本鱼雷艇迫近所引起的，因而它不能对指挥的军官加以惩罚。双方同意设立一个国际调查委员会。该委员会不仅负有查明事件真相的任务，并且也须对于事件的责任以及负责人员的责任程度发表意见。该委员会以五个高级军官——英、俄、美、法、奥各一人——组成，1905年2月在巴黎开会。委员会的报告称当时并没有鱼雷艇，波罗的海舰队的开火不能认为是正当的，波罗的海舰队司令海军将官罗斯特杰斯特文斯基应负这一事件的责任，但是，这些事实并无“玷辱海军将官罗斯特杰斯特文斯基或舰队的其他人员的军人品质或人道感的性质”。由于这个报告的末一部分，英国不能坚持惩办负责的俄国海军将官，但是俄国给付了六万五千镑，用以赔偿这次事件的受害人和两个死去渔民的家属。

立调查委员会以此次为嚆矢——所取得的经验，将这个制度加以修改。[1]委员会的任务是调查案件的情况，和发表一个“限于说明事实”并且决不具有“裁决的性质”的报告；各当事国得自由决定对报告应赋予何种效力。这些规定现在在第一海牙公约的各缔约国之间仍然有效，并且在起草我们在下面将要讨论的最近一些和解条约中被用为典范。

**第11目——3 布莱恩常设调查委员会** 根据1914年秋天在华盛顿签订的一系列所谓布莱恩仲裁条约，为了美国与许多外国间的纠纷而设立的常设调查委员会[2]是与上述的国际委员会不同的，但却是受这些国际委员会所根据的观念的启发的。这些条约不是完全相同的，但有下述共同特点：

各缔约国同意将一切为外交方法所不能调整的争端提交一个常设国际委员会去进行调查和报告；各缔约国同意在报告提出前不开始敌对行为。常设委员会应由委员五人组成；争端每方各选派本国人一人和第三国人一人；第五名委员也是第三国人，由双方共同协议选派。委员会得以全体一致同意，甚至在外交谈判失败迫使各当事国诉诸委员会以前对于一项争端提供其服务。委员会的报告必须于一年内完成，但经各当事国相互协议得将这项期间加以限制或延长。各当事国在收到报告后，得自由采取其认为适当的行动。

所有这些条约均定期五年，但期满时，在缔约国一方发出退约通知后满十二个月以前，仍继续有效。这些条约之中大多数现在

---

① 见该公约第九条至第三十六条。

② 见上卷，第50目。与英国的条约签订于1914年9月15日，批准于1914年11月10日。

仍然有效①。在1928年和1929年，美国缔结了一系列的这种条约。其中有些曾在1940年加以修改以符合最近的情势。②

这些条约比第一海牙公约的规定进步的地方似乎有下述几点：第一，它们不将涉及荣誉或重大利益的争端排除在外；第二，调查委员会是事先组成的，在发生争端时即可利用，而第一海牙公约所规定的调查委员会则是于需要时临时组成的；第三，在委员会报告发表前不从事敌对行为的义务表现了**延缓**原则，而这个原则后来以更完善的形式体现于国际联盟盟约第十二条。

**第11目——4 第一次和第二次世界大战后的和解条约** 自从国际联盟开始工作之时起，在它的许多会员国中就有了一种普遍的感觉，认为在不减损行政院依照盟约第十一条和第十五条所具有的和解职能的情形下，制订一种非**政治性的**③和解办法是必要的。随着斯坎的那维亚三国的创议以及1919年英国与巴西和1920年瑞典与智利缔结的和解条约，第三届大会通过了一项关于和解的决议。依照这项决议，国际联盟行政院根据盟约第十五条和第十七条所具有的和解职能得到了维护和保留；普遍性的和解

① 阿根廷、巴西和智利于1915年5月25日布宜诺斯艾利斯条约中同意设立一个与此略有不同的委员会。1929年1月5日在华盛顿签订的美洲国家和解公约除规定调查程序外，并规定由依1923年条约在华盛顿和蒙得维的亚设立的两个常设委员会担任和解。这两个委员会得自动或应争端当事国一方的请求而行动。1933年10月互不侵犯与和解的反战公约对于若干美洲和欧洲国家——包括美国——有拘束力。1936年泛美维持和平会议在1936年12月3日签订的防止纠纷条约中还采用一种新的办法。在该约中，各缔约国负担义务，组织一些常设混合委员会，其任务为研究"将来的困难与纠纷的原因"，以便建议促进各缔约国间良好关系的办法。关于1948年波哥大公约，见第11目——4。

② 即与南非、加拿大、澳大利亚和新西兰订的条约。修改的目的是考虑到各自治领的国际地位的改变。1914年各条约是由英国代表它们缔结的。

③ 这里所用"非政治性的"一词并非指司法解决，而是指一种同行政院进行的和解比起来是专门的、独立的和无偏见的和解。行政院理事在法律上是他们本国的代表；因而不能免于政治偏见和不能不受与当前争端是非未必有关的政治考虑的影响。

委员会没有成立，但大会建议各国彼此缔结条约，规定设立由委员五人组成的委员会——每一国家选派两人，一人为本国人，一人为第三国人，又由这些委员从第三国人中选出主席一人。这项决议实际上是企图使盟约所规定的国际联盟行政院的和解办法分散化。有些国家曾经缔结一些条约，明文提及第三届大会的决议。① 不但如此，许多更具有普遍性的和解条约把将争端提交和解的义务订为条约的一部分。② 在第二次世界大战后，1948 年 4 月 30 日的美洲和平解决条约(波哥大公约)规定设立一些调查及和解委员会。在发生争端时，美洲国家组织理事会必须依照争端当事国一方的请求召集这种委员会。这种委员会可以用双边协定于事先任命；如果没有事先任命，即从一份美洲和解人常备名单中任命。③ 条约明文规定，调查及和解委员会的报告和结论，无论关于事实的说明或关于法律问题，对于各当事国均无拘束力，它们仅具有建议

---

① 丹麦与挪威、丹麦与瑞典、芬兰与挪威、芬兰与瑞典、挪威与瑞典曾根据这一决议彼此缔结条约。

② 见第 25 目——1 辛至 1 癸。

③ 1947 年 9 月 2 日美洲国家互助条约所采用的程序与和解程序很相近。该约规定，遇各缔约国间发生不构成武装攻击的严重争端时，由外交部长举行“磋商”。它还规定美洲国家组织理事会(即泛美联盟理事会)得暂时担任磋商机关的任务。1948 年 12 月当哥斯达黎加因来自尼加拉瓜的革命武装部队侵犯它的领土而援用本约时，该理事会即以这种资格从事行动并取得成功。理事会任命了一个“情报委员会”前往两国并写出了报告。该报告实际上认为尼加拉瓜没有采取适当措施来阻止在该国内反哥斯达黎加的革命活动，也没有阻止武装部队从它的领土出发进攻哥斯达黎加。委员会又认为哥斯达黎加也没有采取措施阻止反尼加拉瓜的革命活动。这次事件以两国在 1949 年 2 月 21 日缔结友好条约而告结束。在该约中，两国约定避免将来发生类似的纠纷，并采取为此目的所必要的措施。可以注意的是，按照美洲国家互助条约，这种程序不适用于实际的武装攻击。按照该约第三条，在后一种情形下，攻击应视为对全体美洲国家的攻击，因为每一个美洲国家承诺行使其联合国宪章第五十一条所规定的单独或集体自卫的固有权利以援助应付攻击。1950 年，海地再度援用了“里约条约”的规定，它指责多米尼加共和国协助准备反海地的阴谋因而对海地实行了干涉。多米尼加共和国也援用该约来指责古巴。

的性质，供各当事国考虑以便利爭端的友好解决。① 1948 年 3 月 17 日，英国、法国、比利时、荷兰和卢森堡间订立的布鲁塞尔条约规定，在司法解决的义务范围之外的爭端应进行和解。②

**第 11 目——5 和解委员会的价值和前途** 第一次世界大战以后，曾经缔结了几百个规定和解的条约并设立了一百个以上的常设和解委员会。但是，见于记载的实际利用这些条约所设立的机构的实例则寥寥可数。③ 在和平解决义务的现阶段，虽然由于和解机构的存在而产生的间接压力可能时常有助于促使以外交方法解决爭端，但是和解的原来功用似乎已失去了它的大部分的重要性。例如，各种规定仲裁或司法解决的条约必然赋予它们所设立的机构以查明爭端的事实的任务④——这种任务一般认为是和解委员会的主要职能之一。⑤ 在有联合国机构可以利用的时候，各国政府是否愿意将考虑严重爭端或改变关于重要事项的法律现状的要求的任务交给沒有经过考验的和解委员会，是有疑问的。⑥ 另一

① 第二十八条。

② 第八条。又见第 25 目——7 丁。

③ 根据 1926 年瑞士和罗马尼亚之间的条约而设立的一个和解委员会，于 1949 年开会考虑该两国之间因瑞士当局逮捕罗马尼亚国民维提安努而发生的争端，维提安努被任命为罗马尼亚驻伯尔尼公使馆商务专员但未经瑞士政府明白接受。在维提安努被判有经济间谍活动、讹诈和其他罪行后，罗马尼亚拒绝继续参加该委员会。暹罗与法国曾经依照 1937 年两国间的条约企图解决两国间的边界争端。和解委员会于 1947 年开会，其任务限于研究各当事国的有关陈诉，但该委员会的报告未为暹罗所接受。

在巴拉圭和玻利维亚之间的争端的某一阶段中，有一个调查和解委员会进行工作。这个委员会不是根据事先存在的条约设立的。它无权调查两国间的领土争端的是非曲直；它只处理一件边界事件。

④ 见第 25 目——1 戊。

⑤ 查明 1934 年 12 月引起意大利和阿比西尼亚之间的瓦尔—瓦尔事件的事实真相的任务，是交由根据 1928 年 8 月两国间的友好条约第五条设立的一个仲裁委员会来担任的，在该约中，两国承允将争端提交“和解或仲裁程序”。

⑥ 还必须注意到下述一点所产生的不利情形，即：许多和解条约并没有规定必须接受委员会报告的任何义务，但却造成了一种错误的印象，似乎各缔约国已经在和

方面，和解委员会由于对于不在任何强制仲裁或司法解决义务之内的争端提供一种具有有限效用的和平解决方法，因而可能是有用的。① 在安全理事会由于其表决程序的规定或其他原因而引起的困难以致不能采取有效行动的情形下，和解委员会还可能证明是有些用处的。后一种情形在某种程度上说明了为什么在1947年设立的所谓联合国大会"临时委员会"中还提出了各种和解人名单和其他改进和解机构的计划。依照协议成立的普通和解委员会必须与联合国为履行其解决争端和保证和平的职能而设立的和解委员会相区别；后者如大会在1948年在巴勒斯坦问题中为了协助"有关政府和当局获致彼此间悬而未决的问题的最后解决"而设立的和解委员会。②

## 第五节　仲　裁

**第12目　仲裁的定义和概念**　仲裁是指由各当事国所选出的一个或几个公断人或国际法院以外的法庭作出法律判决来断定国家间的纠纷。由于在主权国家之上没有中央权威、不存在着能够不经主权国家同意而对它们行使管辖权的国际法院，因此，与私

---

平解决问题上承担了重大义务。

也应该注意到为特殊目的而设立的和解委员会，例如1909年美国和加拿大的界水条约所设立的国际联合委员会。

① 1932年1月28日国际联盟行政院的决议表现了由专家团体从事和解工作的新的可能性；该项决议制订了一些友好解决国家间经济争端的程序规则。这些规则规定由国联行政院制定一个经济专家名单，各当事国——不论是国际联盟会员国还是非会员国——可以从名单中选出专家若干人来处理与经济性质的事项有关的争端。根据1920年12月9日大会的决议，运输过境组织的咨询及技术委员会也行使某些和解职能。

② 1948年12月11日的决议。

人间能够彼此强迫按照他们所属国家的国内法进行诉讼的情形不同，一个国家通常是不能传召另一个国家到法院来解决它们之间的争端的。正如国际常设法院在1923年所说的，"国际法中十分确定的原则是：任何国家，非经其同意，不能被迫被它与其他国家间的争端提交调停或仲裁，或任何其他种类的和平解决方法。这种同意可以用自由承担义务的方式一次给予，但相反地，也可以于现有义务之外专为某个特殊事件而特别给予。"

虽然似乎国际法应明确地承认仲裁法庭的裁决和司法法院的判决之间的形式上的区别，① 但是不要认为这种区别在裁判机关的性质所固有的重要性以外还有任何决定的重要性，这是很重要的。仲裁人的裁决和法院的判决都是以法律为根据的。

**第13目　仲裁条约**　仲裁条约可以为着解决已经发生的某一特殊争端或一系列的争端而缔结。其次，不以仲裁为主的条约——例如商务条约——可以包括一项条款，规定任何有关该条约所规定的事项的争端应由仲裁决定。第三，两个或两个以上国家可以缔结一个所谓一般仲裁条约，规定将来彼此间所发生的一切或某种争端应用这种方法解决。但是在1899年海牙和平会议以前，一般仲裁条约尚为数不多。此后，继1903年英法一般仲裁条约② 之后，这种条约就多起来了。现在规定以仲裁法庭的裁决或国际法院的司法判决来解决所谓法律性质的争端，已经成为正

---

① 在第一次世界大战以前，有一种倾向，否认当时所有的仲裁具有司法性质，以便加强设立一个能够以其判决的连续性和人员的固定性而发展国际法的真正国际法院的论点。随着国际常设法院的成立，这种考虑便消失了。现仍存在的不承认仲裁有司法性质的另一理由，是希望保存一种程序，使仲裁人能超出现行法律之外作出裁决，见第15目。

② 见第17目。

常做法。[1]很多条约规定，所谓法律性质的争端（或“关于双方权利的争端”或“可裁判的争端”），除非当事国特别协议交付仲裁，应提交国际法院。约有三十个条约，其中多数是美国所缔结的，规定将这类纠纷交付仲裁。

**第14目　仲裁人**　缔结仲裁条约的国家必须商定仲裁人。各当事国可以推选第三国元首为仲裁人。但是第三国元首很少——如果有的话——亲自调查问题；他往往选派一个人或几个人作成报告并拟定裁决然后由他加以宣布。各当事国可以协议将仲裁工作委托给任何其他个人或一群人——一个所谓仲裁委员会或仲裁法庭。最后，各当事国可以委托一个混合委员会来决定一方或双方所提出的一大批要求；[2]混合委员会通常是由本国委员二人和公断人一人组成。一般仲裁条约通常规定依据特别协议任命仲裁人。许多条约规定，遇有各当事国对于仲裁人的任命不能达成协议的情形，任命仲裁人的任务应即由国际法院院长担任。

**第15目　仲裁人适用的法律**　仲裁条约通常规定仲裁人作成裁决所应根据的原则。这些原则普通是国际法的一般规则，但是如果各当事国愿意的话，这些原则可以是衡平规则，[3]或在仲裁条约中为特殊案件而特别规定的其他规则。[4]如果没有任何明白规定，就必须假定应按照国际法原则作出裁决。[5]条约还常常规

① 见第25目——1戊。

② 见第18目。

③ 关于国际法院，见第25目——1戊。

④ 例如，关于“华盛顿三规则”，见第335目。

⑤ 在本书过去各版中，这一句之末有“或在没有可以适用的原则时，按照衡平规则”等字句。但见第12目附注及第25目——1癸附注。为了了解现代仲裁，必须认识到，除个别例外情形外，仲裁已经成为一种适用法律规则来裁决争端的程序，但受各当事国在仲裁协定中所规定的特别指示的限制。在国际仲裁的历史中从来没有过仲裁人以没有可以适用的国际法规则为理由拒绝作出裁决的实例。

定仲裁人所应遵照的程序规则，或授权他们制订程序规则。①

一个为了获致妥协而不顾现行法律的仲裁裁决，显然是不符合仲裁的职能的，但是这并不妨碍仲裁人在他们的裁决之外提出不具有拘束力的建议，要求各当事国表示宽宏大量。这种情形必须和下述仲裁裁决加以区别，即：仲裁法庭利用各当事国所授予的权力，除根据国际法规则作出的裁决外，还提出建议。例如，在英美两国之间关于白令海的仲裁案和关于北大西洋捕鱼问题仲裁案中就发生过这种情形。有时，除对仲裁法庭授予适用现行法律的职能外，还授予它以立法性质的职能。例如，1933 年 12 月 1 日，一个仲裁法庭曾就法国与瑞士之间的上萨瓦自由区及节克斯区的未来制度订立详细的规则。②

**第 16 目　仲裁裁决的拘束力**　如果仲裁条约没有相反的规定，③ 仲裁裁决就是最后的，并且对当事国具有拘束力。但是，由于在国家之上没有中央权威对拒绝服从的国家执行仲裁裁决，遇有这种拒绝的情形，另一方就有权以国际法所许可的强制手段强制执行仲裁裁决。④ 但是，显然，只有仲裁人在各方面都已履行他

---

① 仲裁程序是 1949 年国际法委员会编纂法典时选出的三项题目之一。

② 在 1938 年 7 月 21 日玻利维亚与巴拉圭间的和约中，六个美洲国家，包括美国在内，被任命为仲裁人，"依照衡平原则"决定玻利维亚和巴拉圭在查科的分界线。他们得到指示，按照该条约的规定，本"公允及善良"原则作出裁决。

③ 例如，1936 年 5 月 5 日比利时与法国之间的协定要求仲裁人提出意见（以别于裁决），但是各缔约国承诺接受该项意见，不过在法国方面须受法国国会的宪法特权的限制。

④ 为了希望仲裁裁决能够执行，有些作者建议设立国际警察部队。

成立国际社会的行政和警察机构，尤其是为了强制各国履行在和平解决争端方面的义务，不但与国际法的性质和宗旨并无矛盾，而且构成遵守国际法和使国际法发展成为一种真正法律的重要保证。但是，在向着组织得更好的国际社会的进展中，国际警察部队的设立不一定是下一个步骤。设立这种警察部队的一个基本条件必须是先组成一个国际行政机关，能够以适当多数采取有效的决定，以指导警察部队的活动。现在

们作为公断人的责任并且完全独立地作出他们的裁决，仲裁裁决才有拘束力。如果仲裁人受了贿赂，或者沒有遵照他们所得到的指示，如果裁决是在任何种胁迫的影响下作出的，或者如果当事国之一曾经故意和恶意地使仲裁人陷于重要错误，那么裁决就沒有任何拘束力①。例如，对 1831 年荷兰国王关于英美两国间的东北边界争端案所作的裁决，各当事国就曾以仲裁人越权为理由而认为沒有拘束力。由于同一理由，玻利维亚拒绝遵从阿根廷总统于 1909 年关于玻利维亚与秘鲁边界争端案所作的裁决。1910 年 10 月，海牙常设仲裁法院在对美国诉委内瑞拉关于奥里诺科轮船公司的求偿案所作的裁决中，宣布以前由巴季先生所作的仲裁裁决中的若干点为无效。

在这些案件和类似的案件中，实际上的或据称的逾越管辖权的情形，是拒绝承认裁决为有效的主要理由。在这一点上，仲裁法庭曾面临规定其活动的两种基本原则可能发生冲突的情形。第一个原则是，它们的管辖权是主要依据各当事国在仲裁协定或一般仲裁条约中所表示的意志，因而逾越所给予它们的权力而作的裁决，由于沒有任何法律根据，是根本无效的。另一个原则是，如有疑义发生，仲裁人有权解释仲裁协定或条约，以决定其管辖权的范围。一个当事国可能认为裁决逾越了赋予仲裁人的权力因而根本无效；对于由此而发生的争执，现在似乎还沒有一般性的规定予以

---

还沒有这样的机关。

另一方面，直到现在，主要困难似乎不在于执行国际法庭的判决，而在于诱导各国在强制司法或仲裁解决条约中将它们的争端交付裁判。拒绝执行仲裁裁决的事情是很少的，而且照例都是以逾越管辖权为理由的。见第 25 目——1 己子。

① 1933 年 12 月，美德混合求偿审查委员会作出一项决定，主张该委员会对于因误解证据、计算错误，（尤其是如本案的情形）因诈欺、串骗和隐匿证据情事所作出错误的裁决，有复审之权。又见第 332 目，附注。

解决。1927 年及其后若干年罗马尼亚与匈牙利之间的长期争端表明了现有法律状态的危险。在这个争端中，罗马尼亚否认 1927 年罗匈混合仲裁法庭所作的裁决的效力；该法庭声称，它依照特里亚农条约第二五〇条，有权就匈牙利籍的业主关于他们按照罗马尼亚的土地改革一般计划遭到清算的财产提出的某些求偿作出决定。这个争端所引起的令人不安的后果表明，对于仲裁法庭的裁决，尤其是遇有逾越管辖权的情形，有规定某种上诉办法的必要。仲裁裁决的性质并没有使它们必然成为终局而不能上诉。因此，有些国联会员国建议，国际常设法院应有受理对这类案件的上诉之权。采用象这样一类的方案可以使国际法的声誉少受些损失。在各别案件中，事实上曾经赋予该法院以上诉管辖权。①

**第 17 目　何种争端可以由仲裁解决**　依据关于和平解决国际争端的 1899 年海牙公约第十六条和 1907 年海牙公约第三十八条，各缔约国承认仲裁是解决一般属于法律性质的争端和特别关于国际条约的解释或适用的争端的最有效、同时也是最公允的方法。1903 年，英国同法国缔结条约，同意以仲裁方法解决所有不影响它们的重要利益、独立、荣誉或第三国利益的法律性质的争端。许多其他国家也相继仿效英法的先例。英国在以后的若干年中同十六个国家订立了这种仲裁条约。② 当法律性质的争端与政治性质的争端（或"可裁判的争端"与"不可裁判的争端"，或"关于双方权利的争端"与"利益的冲突"）的区别构成强制仲裁或司法解决条

① 在 1930 年 4 月 28 日在巴黎签订的协定中，捷克斯洛伐克和匈牙利同意，承认对混合仲裁法庭"今后"关于某几类案件的管辖权问题或实质问题所作的一切判决有向国际常设法院上诉之权，而无需订立任何特别协议。

② 所有这些条约实际上现时都已为更广泛的司法解决义务（如任意条款等〔见第 25 目——1 戊〕）所代替。

2 约的一部分时，它的科学上的价值是可以怀疑的。① 但是这种区别在国际实践中业已巩固确立。联合国宪章②、国际法院规约③和大多数强制仲裁与司法解决的条约都予以承认。

原先，关于某一争端是否属于法律性质这一点是由各当事国自行决定的。过去曾经发生过一方主张一项争端由于属于法律性质而应由仲裁解决，而他方则否认其有法律性质因而拒绝仲裁的情形。因此，1911 年 8 月 3 日美国同英国以及美国同法国签订的仲裁条约如果获得批准，会是划时代的，因为第三条规定，在双方对于一项争端是否应依据有关条约交付仲裁的意见不一致时，这个问题应提交联合高级调查委员会；如果该委员会全体委员或除一人外其余委员对这个问题作了肯定的决定，该案就应立即交付仲裁解决。但是这一条被美国参议院删去，而条约未获批准。美国在 1928 年和 1929 年签订的包括有若干广泛保留④的仲裁条约，在这一方面并没有作任何改变。这些条约有一项规定使它们的效力更加削弱，这项规定是使任何争端的仲裁取决于特别协定的缔结，而这种协定又需获得美国参议院三分之二的同意和建议。在这个限度内，它们只在名义上是强制仲裁条约而已。最近若干强制仲裁条约规定，如果关于一项纠纷是否在强制仲裁解决的义务范围之内这一先决问题上发生争端，法庭应就这个问题作出决定。所有授权国际法院管理的案件差不多都是这样的。事实上，法院规约第三十六条明文规定，关于法院有否管辖权的争端，

① 见第 1 目，附注。

② 见第 25 目——7 乙。

③ 见第 25 目——1 戊。

④ 这些保留除其他争端外，将下述性质的争端排除于条约适用范围之外：（甲）属于缔约国任何一方的国内管辖范围之内；（乙）涉及第三国的利益；（丙）依赖于或涉及门罗主义的维持。前两项保留也见于 1929 年 1 月 25 日美洲国家仲裁公约（美国于 1939 年 4 月批准）。

应由法院决定。这就包括了对该争端是否构成法律性质的争端问题的决定。①

关于对仲裁条约的保留，现在大体上有一种趋势，将独立和国家荣誉这种不明确的保留予以放弃。② 现在最常提出的保留是关于国内管辖事项、过去的争端、第三国的利益、特别的领土或政治利益，如门罗主义等。在大多数司法解决条约中，这种保留的效果是受一项授权国际法院决定某项争端是否包括在条约规定之内的规定的限制的。③ 没有任何保留的仲裁或司法解决条约是不多见的，虽然它的数目正在日渐增加。④ 在没有明文保留的情形下，条约的范围常受下述一项规定的限制，即：只有法律性质的（或可裁判的）争端才提交裁判。这种限制的效果在本书其他地方已经讨论过。⑤ 现在还有一些条约，除不许保留外，还完全不管法律性质和政治性质的争端的传统区别，或否认这种区别是一种限制有拘束力的解决义务的因素。⑥ 这些例外只是证实了下述规则：国际法

① 这一事实减少了、但并未消除因区别法律性质与政治性质的争端而发生的不便和不确定的情形。可以注意的是，一项特殊争端属于规约第三十六条所列举的四类"法律性质之争端"之一，可能并不足以使其成为一种法律性质的争端。人们可以争辩说：一项争端虽然是属于这四类之一的，但依照有时为支持法律性质与政治性质争端的区别而提出的其他标准则为"政治性质"的争端。又见第 1 目，附注。

② 这种条约的一个例子是 1928 年 5 月 30 日土耳其与意大利的条约。该条约将国家主权问题除外，并且由每一个缔约国保留自行决定这项例外是否适用的权利。

③ 规约第三十六条。

④ 在未将关于独立、荣誉和重大利益的案件除外的早期条约之中，可以提及 1902 年阿根廷同智利之间的条约、1904 年丹麦同荷兰之间的条约、1907 年阿根廷同意大利之间的条约、1907 年哥斯达黎加、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜和萨尔瓦多等中美共和国之间的条约、1909 年意大利同荷兰之间的条约、1918 年英国同乌拉圭之间的条约、1923 年委内瑞拉同乌拉圭之间的条约。关于对任意条款的保留，见第 25 目——1 戌。

⑤ 见第 1 目，附注。

⑥ 例如，1926 年 2 月 3 日芬兰同挪威之间的条约；1926 年 11 月 30 日丹麦同捷克斯洛伐克之间的条约。有些条约，例如 1924 年 9 月 20 日意大利同瑞士之间的条

还不承认每一个国家有使它和它的邻国间的争端由公正的法律程序来决定的基本权利和与此相适应的服从这种程序的义务。

**第 18 目 仲裁的历史** 以仲裁作为一种法律程序，在古代希腊人曾经在某种程度上采用过，在中世纪后期则由从罗马帝国废墟上兴起的各政治单位采用过。在十二世纪和十三世纪，在意大利各城市间的关系上以及在瑞士各邦间的关系上，也常常使用。尽管在十六、十七、十八世纪，国际法有不断的发展，但在这个时期，仲裁的事例却很少；直到十八世纪末，仲裁才开始成为和平解决国际争端中的主要特色。近代仲裁的时代是从 1794 年英美两国间的贾埃条约开始。在该条约中，两国将重要的边界纠纷以及关于英国在海上行使交战权利与美国遵守中立义务的争端交由混合委员会裁判。在十九世纪的国际仲裁案件中，英美两国间的仲裁案件事实上占了大部分。它们主要采用的形式是由混合委员会对若干各别求偿案件进行裁判。但是其中有些，如 1870 年的阿拉巴马号仲裁案、① 1893 年的白令海仲裁案② 和 1897 年英国同委内瑞拉之间的英属圭亚那仲裁案（这次仲裁是由于美国的创议而举行的）都是在庄严的仲裁法庭中进行的，并且表现了重要的政治和领土问题由司法解决是可能的。它们为常设仲裁法院铺平了道路；常设仲裁法院是在 1899 年成立的，它在成立的初期，处理了二十世纪最初二十年的大多数仲裁案件（见第 19 目至第 25 目）。

同时，与常设仲裁法院并存的还有其他仲裁机构在进行工作，这些机构的形式或为混合委员会，或为一个或一个以上仲裁人组

---

约或 1926 年 8 月 7 日意大利同西班牙之间的条约，一方面在关于司法解决的义务的限制上不问这种区别，同时却授权国际常设法院对于非法律性质的争端本"公允及善良"原则来适用规则。见第 25 目——1 癸。

① 见第 335 目。

② 见第 15 目。

成的法庭。其中最重要的有英美两国之间的阿拉斯加疆界仲裁案、有关委内瑞拉的各仲裁案，和依据 1910 年 8 月专约设立的英美混合求偿法庭。同样的，在 1920 年国际常设法院成立以后，各种仲裁法庭或委员会仍继续活动。举出其中一些比较重要的例子来说，它们包括：协约国与前中欧国家之间的混合仲裁法庭；① 前中欧国家与美国之间的类似法庭；德国与波兰之间的上西里西亚仲裁法庭；墨西哥与其他国家之间，特别是与美国、英国、法国和德国之间的若干求偿审查委员会；关于领土的争端，如 1922 年瑞士联邦委员会裁决的哥伦比亚与委内瑞拉之间的争端、1925 年美国总统裁决的智利与秘鲁之间关于塔克纳—阿里卡公民投票地区的争端和 1933 年以美国最高法院院长休斯为首的法庭所裁决的危地马拉与洪都拉斯之间的争端；1924 年由法官胡伯尔裁决的英国因摩洛哥所发生的事件而向西班牙提出的求偿案件；有关赔偿委员会的工作的各仲裁裁决；以及现时仍存在的常设仲裁法院主持下所裁决的若干案件。② 常设仲裁法院的成立标志着国际仲裁历史的一个新时期的开始。在第一次世界大战前的十五年中，它是主要的仲裁解决制度；它的组织以及 1907 年的设立仲裁裁判法院公约草案、③ 国际捕获法院计划④ 和中美洲法院⑤ 在许多方面都成为国际常设法院规约的榜样。因此不妨略述一下关于常设仲裁法院的规定。这些规定是第一次海牙会议所订立的；后来又经第二次海牙会议在和平解决国际争端公约中加以扩充。

**第 19 目　海牙公约所规定的仲裁制度**　在海牙和平解决国

① 见第 102 目。
② 见第 25 目——1 甲。
③ 见 25 目——1 乙。
④ 见第 438 目。
⑤ 见第 25 目——1 乙，附注。

际争端公约的九十七条中，关于仲裁的有不下五十四条——即第三十七条至第九十条，分为四章，它们的标题是："仲裁裁判"、"常设仲裁法院"、"仲裁程序"和"简易仲裁"。

该公约没有规定各签订国将任何争端提交仲裁的义务。甚至法律性质的争端，包括关于条约的解释或适用的争端(依照第三十八条的规定，各签订国承认仲裁是解决这种争端的最有效并且也是最公允的方法)，也不是必须提交仲裁的。①

**第20目　仲裁条约和仲裁人的任命**　按照第五十二条的规定，诉诸仲裁的各冲突国应签订一项特别文件——"仲裁协定"，明文规定：争端的内容；任命仲裁人的方式；最后可能赋予法庭的任何特别权力；法庭开庭地点；所用语文以及各当事国可能同意的任何特别条件(第五十三条至第五十四条)。各当事国可以同意诉诸常设仲裁法院本身，② 但是它们也可以将仲裁交给它们从常设仲裁法院仲裁员中挑选的或依其他办法挑选的一个或几个仲裁人(第五十五条)。

**第21目　程序**　各当事国得随意议定仲裁程序规则。如果它们不能规定特别程序规则，则第一公约第三章订有规则(第五十一条至第八十五条)，不论各当事国是将它们的案件提交常设仲裁法院还是另选其他仲裁人，都可以适用。

**第22目　仲裁裁决**　仲裁裁决是在秘密讨论后作出的，而且仲裁的过程是保密的。法庭成员进行投票；法庭的决定取决于多数(第七十八条)。

---

① 虽然对于将若干争端实行强制仲裁的任何规定列在第一公约之内这一点不能取得协议，但是这个原则本身却被完全承认了，因而第二次和平会议最后文件内有一项声明称，会议"一致：(一)承认强制仲裁原则；(二)宣布若干争端，特别是关于国际协定的解释和适用的争端，得提交强制仲裁而无任何限制。"

② 见第25目——1甲。

**第23目　裁决的最后决定性**　裁决一经正式宣布并通知各当事国的代理人之后，即对争端作了最后的决定，不得上诉（第八十一条）。各当事国之间对于仲裁的解释或执行所发生的任何争端，除有相反的约定外，应提交宣布裁决的法庭（第八十二条）。但各当事国得在仲裁协定中事先规定有要求修改裁决的权利。

**第24目　裁决仅对当事国有拘束力**　裁决仅对参加仲裁的各当事国有拘束力。但是，如果除纠纷当事国外还有其他缔约国对公约发生解释问题时，各冲突国应及时通知所有缔约国。每一个缔约国都有在法庭上干预本案之权；如果一个或一个以上国家使用了这种权利，则裁决中所包括的解释就对它们也有拘束力（第八十四条）。

**第25目　仲裁费用**　当事国负担自己的费用，法庭的费用由各当事国平均分担（第八十五条）。

**第25目——1　简易仲裁**　为了使较不重要的争端的仲裁简化和迅速进行起见，第一公约第四章包括了一些关于简易仲裁的规定（第八十六条至第九十条）。

**第25目——1甲　常设仲裁法院的组织**　上面第19目至第25目——1叙述了第一海牙公约关于仲裁的一般情形。我们当已注意到，依据该（1907年）公约第五十五条，各当事国可以随意选任一个或一个以上仲裁人，也可以利用常设仲裁法院，该法院是由各签订国于1900年依照1899年第一公约第二十条至第二十九条的规定在海牙进行组织的。这个组织包括有三个不同的机构，即：法院的常设行政理事会、法院的国际事务局和仲裁法院本身。

（一）常设行政理事会　常设行政理事会（第四十九条）由各缔约国驻荷兰外交使节和荷兰外交部长组成，后者担任理事会主席。理事会的任务是监督法院的国际事务局和决定有关法院事务

的一切行政问题。

（二）国际事务局　国际事务局（第四十三条）是法院的书记处，并且是有关法院开庭事项的文件转达机关。它保管档案并处理法院的一切行政事务。

（三）仲裁法院　仲裁法院（第四十四条）由各缔约国遴选任命的许多“公认深通国际法和道德名望极著”的个人组成。每个国家至多可以任命四人；两个或两个以上国家可以共同任命一人或数人；同一个人得由不同的国家任命。每人任期六年，但可以连任。这样组成的法院有处理一切仲裁案件的职权，除非各当事国同意设立特别法庭而不由法院成员名单中选出的仲裁人组成（第四十二条）。

（四）作裁决的法庭　仲裁法院并不作为一个整体来裁决提交法院的案件；遇有特定案件发生，由法院成员名单中选出若干仲裁人组成一个法庭。这个法庭（第四十五条）可以依据各当事国之间的协定直接组成。

以下是到现在为止常设仲裁法院所作出的裁决：

（一）1920 年 10 月 14 日美国诉墨西哥，关于加利福尼亚宗教基金案。

（二）1904 年 2 月 22 日德国、英国、意大利诉委内瑞拉，关于各该国人民的某些求偿权案。

（三）1905 年 5 月 22 日德国、法国、英国诉日本，关于 1896 年 4 月 4 日条约第十八条及其他条约的解释案。

（四）1905 年 8 月 8 日法国诉英国，关于马斯喀特·多斯案。

（五）1909 年 5 月 22 日德国诉法国，关于卡萨布兰卡事件案。

（六）1909 年 10 月 23 日挪威诉瑞典，关于两国海上疆界案。

（七）1909年9月7日美国诉英国，关于北大西洋捕鱼案。

（八）1910年10月25日美国诉委内瑞拉，关于奥里诺科轮船公司求偿案。

（九）1912年2月24日法国诉英国，关于英属印度人萨瓦卡案。

（十）1912年5月3日意大利诉秘鲁，关于卡尼伐洛兄弟求偿案。

（十一）1912年11月11日俄国诉土耳其，关于延迟付给1877年至1878年俄土战争中所受损失的赔偿，为俄国人要求利息案。

（十二）和（十三）1913年5月6日法国诉意大利，关于1911年土意战争中拿捕法船迦太基号和马诺巴号案。①

（十四）1914年6月25日荷兰诉葡萄牙，关于帝汶岛疆界案。

（十五）1920年9月2日及4日英国、法国、西班牙诉葡萄牙，关于英国、法国和西班牙国民因葡萄牙征收他们的财产而提出的求偿案。

（十六）1921年10月11日法国诉秘鲁，关于一个法国公司对葡萄牙的某些求偿权案。

（十七）1922年10月13日挪威诉美国，关于第一次世界大战期间美国政府征用在美国为挪威人建造的若干船舶案。

（十八）1928年4月4日美国与荷兰之间，关于巴尔马斯（米昂加斯）岛的主权案。

（十九）1931年6月9日法国与英国之间的许佛罗求偿案，

① 法国和意大利政府也将塔维格那诺号案提交仲裁。但是由于争执双方政府同意在法院外解决，故对该案未作最后裁决。

关于在第一次世界大战期间，波斯领土(英国在波斯政府允许下占领的地方)内英国当局逮捕一个法国人的事件。

(二十) 1932 年 7 月 18 日瑞典与美国之间的古斯达夫·阿道尔夫皇太子号和太平洋号等案，关于第一次世界大战期间扣留上述两艘瑞典公司所属船舶的赔偿问题。

常设仲裁法院并沒有为国际常设法院所代替。虽然自从1932年以来沒有案件被提交过依照该法院的规定组成的法庭，但常设仲裁法院仍然是存在的。它的事务局现在海牙的和平宫执行职务。常设仲裁法院的"各国团体"在准备国际法院法官候选人名单中仍起作用——虽然在事实上是一种有些虛有其名的作用。

## 第六节　司法解决：国际法院

**第 25 目——1 乙　成立国际法院的建议**　海牙常设仲裁法院的工作虽然是有价値的，但它还不是一个通常所了解的眞正法院。第一，它本身不是一个裁判的法庭，而只是一个名单，每一案件的各当事国从这个名单中选出人来组成法庭。其次，由于在用仲裁方法来裁判的冲突中仲裁人每次都是由各当事国挑选的，因而大多数的案件都由不同的人担任仲裁人，其结果使司法的执行缺乏连续性。

基于这些理由，人们久已感到设立一个眞正的国际法院会有极大的价值，这个法院应由若干合乎专门意义的法官组成，这些法官是一次任命的，并且必须处理各当事国愿意提交法院的每一个案件。① 这种法院不仅以纯粹法律上考虑为其判决的根据，它还将保证国际司法的执行具有连续性，因为它对过去的判决将予以适

① 关于个人在国际法庭出庭问题，见第 25 目——1 丁丑，附注。

当的重视。① 1907 年第二次海牙和平会议曾经讨论设立这样一个法院的问题，但它只产生了一个关于这个问题的公约草案，该草案谈到设立一个“仲裁裁判法院”。②

**第 25 目——1 丙 国际联盟盟约与法院** 设立一个真正的国际法院的机会在第一次世界大战结束时到来了。国际联盟盟约序言在关于实现其目标的方法之中列举有：“严格遵守国际公法之规定，以为今后各国政府间行为之规范”和“在有组织之民族间彼此关系中维持正义并恪遵条约上之一切义务”。因此，第十四条规定：“行政院应筹拟设立国际常设法院之计划并交国联各会员采用。” 1920 年 2 月，行政院任命了一个法学家谘询委员会（其中包括一个美国人埃利休·鲁特先生，虽然美国沒有批准盟约），赋以拟订设立这样一个法院的计划草案的任务。他们所拟的草案经若干重要修改后，③ 由大会于 1920 年 12 月 3 日通过。但是对于国际联盟的会员国来说，这一规约只是由于它们签署和批准 1920 年 12 月 16 日的规约签字议定书才对它们有拘束力。

**第 25 目——1 丙子 1928 年对规约的修正** 法院规约与国际联盟盟约不同，它原来并沒有关于修正的规定。④ 鉴于它的起源，并且考虑到国际法的一般规则——即一个条约如无相反的规定，须经全体缔约国的同意方能修正，人们认为修正规约须经大会批准并须获得 1920 年议定书各缔约国的一致同意。这就是 1928

① 法院规约第五十九条，见第 25 目——1 戊。

② 同年，即 1907 年，哥斯达黎加、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜和萨尔瓦多在卡塔果设立“中美洲法院”，由法官五人组成。该法院始终只具有地方的重要性，而且在 1918 年即告结束；但是因为它是这类法院中的第一个，它是很值得注意的。1923 年 2 月 7 日的一个公约预示将设立一个新法院来代替该法院，但新法院实际上没有设立起来。

③ 见第 25 目——1 戊。

④ 见第 25 目——1 己寅。

年和 1929 年所采取的意见，当时行政院根据 1928 年大会的一项决议指派了一个法学家委员会负责参照过去的经验考虑规约所需要的修正。该委员会建议作若干变动，其中最重要的是增加法官名额，取消备补法官的职位，增加过去所没有的关于法官辞职的规定，使法庭除司法假期外经常开庭，并使谘询意见的提出正规化。这些建议中大多数都在 1929 年经规约各缔约国代表会议采纳，但到了 1936 年才正式生效。但是议定书中关于增加法官名额的规定则依照规约第三条，根据大会的一项决议于 1930 年付诸实施，而关于经常开庭的规定也载入 1931 年修正的法院规则。

**第 25 目——1 丙丑　联合国宪章与法院**　国际常设法院的工作虽因第二次世界大战及德国侵入荷兰[①]而不能不中断，但无疑地它在两次世界大战之间的期间的活动充分证明了对于它作为国际司法与发展国际法的工具而寄予的希望是正确的。1945 年 4 月旧金山联合国家会议的发起国所设立的一个法学家委员会拟成了一个关于再行修改国际常设法院规约和关于该法院与行将成立的一般性国际组织间的关系的报告。[②]结果决定结束国际常设法院而成立一个新的法院——国际法院——来代替它。[③] 1945 年 10 月，国际常设法院举行最后一次形式上的开庭。1946 年 1 月，全

① 在 1939 年战争爆发后，法院继续在海牙执行职务。1940 年 2 月 26 日，法院对比利时与保加利亚之间悬而未决的案件曾经发出命令。在海牙被德军占领时，法院院长和书记官长留在那里。他们于接到通知说他们的外交豁免将于 7 月 16 日终止后，乃于这一天前后离开海牙(这一天是各国使馆离开海牙的日期)。此后，在战争期间，法院根据规约第十三条仍然在职，虽然未曾开庭。规约第十三条规定，法院成员在没有人接替他们的职位以前应继续供职。法院的办公处设在日内瓦。

② 在此以前，一个代表若干盟国政府的法学家的非正式委员会曾于 1943 年和 1944 年应英国政府的邀请在伦敦开会，并提出关于国际常设法院的将来的报告。

③ 决定设立新法院，是有实际的和政治的理由的。例如，根据旧规约中所规定的办法来选举法院是有困难的。而且，联合国中的两个重要会员——美国和苏联——都不是旧法院的成员国。

体法官提出辞职。同年4月，国际联盟末次大会解散了法院。在这以前，联合国宪章(第七条)既把国际法院列为联合国的六个主要机构之一，又在第九十二条规定:“国际法院为联合国主要司法机构”。宪章第九十三条强调指出了国际法院和国际社会的主要政治组织的这种当然联系——这种联系是旧法院和新法院的主要不同的特点;该条声称,联合国各会员国为国际法院规约的当然当事国。宪章的其他条款，如关于法院判决的执行及法院应联合国各机关的请求发表谘询意见的规定，都再度表明法院和联合国的这种联系。

在严格的法律意义上，新法院并不是旧法院的承继者。在事实上,它是旧法院的延续。这一事实为宪章第九十二条所承认,该条规定：法院应依宪章所附的规约执行其职务，而该项规约是宪章的构成部分并且“系以国际常设法院之规约为根据”。后一语不是完全沒有法律意义的,它强调了这两个组织之间的继续性。① 这种继续性又与一个重要和有益的新办法相结合，这种新办法就是使法院成为联合国的构成部分而其规约成为宪章的构成部分。法院在它的活动过程中,在坚决维护它的司法性质的同时,也使人确信它对于履行作为联合国的主要司法机构所担任的职务是重视的。②

**第25目——1丁　法院的组织**　法院是以“独立法官若干人组织之。此项法官应不论国籍,就品格高尚,并在各本国具有最高

---

① 在实质意义上，即在管辖权的意义上，新法院是国际常设法院的承继者。因此,规约第三十六条第五项规定,接受国际常设法院的任意条款的声明，在声明的有效期间内,应认为构成对国际法院强制管辖的接受。同样地,规约第三十七条规定，如果一个现行条约规定某个事项应提交国际常设法院，那么在规约各当事国之间，就应将这个事项提交国际法院。

② 关于谘询意见,见第25目——1戊。

司法职位之任命资格或公认为国际法之法学家中选举之”（第二条）。[①]最初的名额是法官十一人及备补法官四人（第三条）。后来法官名额增加为十五人，关于备补法官的规定被取消了。

上面提到的 1907 年仲裁裁判法院公约草案[②]所以沒有能成为法律，主要是由于难于想出一个使大国和小国都能满意的选举法官的方法。1920 年采用了所谓“鲁特——菲利莫尔”计划才回避了这种危险。该计划是将选举法官的任务交由行政院（当时预料在行政院中大国将居多数）和大会共同担任，从而兼顾到大国和小国的要求。1945 年修正的规约保存了这个计划的主要特色。虽然担任安全理事会常任理事国的大国在安全理事会中并不构成多数，但是它们的势力和它们常任理事的事实是有助于实现原来采用的计划的宗旨的。

法官不是他们所属国家的代表。[③]因此，第二条指明他们的选举“不论国籍”，虽然第三条多少有些矛盾地规定法院不得有二人为同一国家的国民。此外，第九条规定选举人应注意使法官全体“确能代表世界各大文化及各主要法系”[④]。

按照“鲁特——菲利莫尔”计划（该计划规定提名和选举两个阶段），候选人应先由（常设）仲裁法院各国团体提名，在常设仲裁法院沒有代表的联合国会员国另成立各该国团体（第四条），每一团体“所提人数不得超过四人，其中属于本国国籍者不得超过二人”（第五条）。“各国团体……宜谘询本国最高法院、大学法学院、

① 1929 年举行的规约签字国会议通过了一项决议——后来经同年的大会认可——，建议“各国团体所提的候选人应具有国际法上公认的实际经验并能至少阅读法院的两种正式语文和讲其中的一种。”

② 见第 25 目——1 乙。

③ 关于临时法官，见第 25 目——1 己丑。

④ 关于“本国法官”，见第 25 目——1 己丑。

法律学校、专研法律之国际研究院在各国所设立之分院”(第六条)。①

由常设仲裁法院的“各国团体”提出候选人的手续很复杂，可能不能实现它的显明目的，即保证有一种不受政府影响的提名程序，因为常设仲裁法院的各国团体本身就是由政府提名的。② 但是鉴于提名的程序——以及整个选举法官的程序——的极端重要性，不能肯定说政府所起的这种影响是不正当的。相反地，法院法官的选举似乎最好先由政府在适当的机构内进行充分的准备和协商，这样就可以使选举免于因投票纯粹根据政治考虑而引起的危险。③

依照上述方法提出候选人名单以后，大会和安全理事会便“独立地”，但实际上同时地进行法院法官的选举(第八条)，任何人未同时在大会和安全理事会上获得绝对多数票，就不得认为当选。如果同一国家的国民不止一人在这两个机关中得到绝对多数，其年龄最高者应认为当选(第十条)。④ 规约明文规定，安全理事会关于这一事项的投票应不区别常任理事国和非常任理事国。

如有必要，每一机关必须举行三次会议；⑤ 如果在三次会后仍

① 并没有谘询这些团体的法律义务，该项建议事实上成为具文。

② “各国团体”常常提出自己的一个成员为候选人。1945 年选出的法官中有八人就是提名这些法官的各国团体的成员。一个国家现在不需要先成为海牙公约的缔约国才能够成立一个本国团体。

③ 另一方面，鉴于各法官的连选在某种程度上取决于他们本国政府的态度——各国政府在某种程度上是通过常设仲裁法院的各国团体行事的——，为了保证法官的独立，可以考虑使法官任期无限(但有年龄限制)。

④ 以前曾经讨论过，在联合王国及北爱尔兰的国民之外是否还可以选出一个具有某一英自治领国籍的人的问题。自治领的单独的国际人格现在已无疑问，因之这个问题已不再为人所讨论。1946 年，除有一个联合王国的英国人当选为法官外，还有一个加拿大籍的法官当选。

⑤ 1946 年联合国大会将“会议”一词解释为“一次投票”，因而在第一次投票后，会议即告结束。安全理事会同意这一解释。

未能选出同一批人时，即应举行两机关的联席会议，以绝对多数打破否则即将发生的僵局(在1921年第一次选举时，事实上就有必要举行这种联席会议)。如果用这种方法而大会和安全理事会仍然不能取得一致，则由已选出的法官就曾在大会或安全理事会得有选举票的候选人中补足缺额(第十二条)。

法院法官任期九年，并得连选(第十三条)。为了使法院能定期更新，经1945年修正的第十三条规定，在第一次选出的法官中，五人任期应为三年，另五人为六年。[①] 其结果是，除补足因辞职、死亡或免职而发生的缺额外，大会和安全理事会每三年选举法官五人。法官除由其余法官认为不复符合必要条件外，不得免职(第十八条)。法官于执行法院职务时，应享受外交特权及豁免(第十九条)。(本条规定的内容比宪章第一〇五条关于联合国会员国的代表和该组织的职员的规定的内容更为广泛。对于这些人所给予的特权及豁免是“独立行使关于本组织之职务所必需的特权及豁免”[②]。)他们选举他们的院长和副院长并委派书记官长(第二十一条)。法院设在海牙(第二十二条)。规约明文规定这一条不应阻止法院如认为合宜时在他处开庭及行使职务。这项规定，经各当事国同意，适用于规约所规定的法院分庭[③]。这些规定可能包含着荷兰和规约的任何其他缔约国有允许法院在它们的领土内执行

① 按照第十三条的一项规定，最初次三年和六年任期届满的法官，于第一次选举后由秘书长以抽签方法决定之。

② 法院法官和职员的特权及豁免规定于1946年6月法院院长与荷兰外交部长之间的交换函件中、并经1946年12月大会决议核准。交换函件规定，对法官和书记官长(或书记官长的副手在代行书记官长职务时)一般应给予与驻荷兰外国使馆馆长相同的待遇，对法院其他职员应按照他们的等级给予与使馆中参赞或秘书相同的待遇。交换函件又规定，属于荷兰国籍的法官、书记官长和高级职员以官方身分并在其职务范围以内所作的行为不受当地管辖。所有荷兰国民关于由法院预算中支给他们的薪金享有豁免直接税的权利。

③ 见第25目——1己。

职务的法律义务。

法院在正常情形下有法官十五人。如果法院不能由法官十五人开庭,法官九人即足以构成法定人数(第二十五条)。① 法官和临时法官(见第25目——1己丑)由法院经费中领取俸给。一般地说,规约规定法院经费由联合国负担,其负担方法由大会决定。大会并决定法官和书记官长的俸给(第三十二条、第三十三条)。任何法官在积极执行法院职务期间,不得"行使任何政治或行政职务,或执行任何其他职业性质之任务"(第十六条)。这一规定的目的虽然是要使法官尽量和他们本国的利益分开,可能也使他们因而不能从事国际性质的政治或行政职务。② 法院的任何法官"对于任何案件,不得充任代理人、律师或辅佐人",不论该案件是国内案件还是国际案件(第十七条)。

**第25目——1丁子 法院与联合国之外的国家** 联合国宪章规定所有会员国都是国际法院规约的当然缔约国,同时对非联合国会员国参加规约的问题也有所规定。它规定任何这种国家得依大会经安全理事会的建议、就各别情形决定的条件而成为规约的缔约国(第九十三条第二项)。③ 瑞士根据这项规定于1947年成

① 这似乎是第二十五条的内容,该条最后一项中的"法官"一词不包括临时(本国)法官。

② 但一般性国际组织所指派的委员会不在内,例如国际常设法院法官洛德博士曾任国际法典逐渐编纂专家委员会委员。1924年法官胡伯尔在关于摩洛哥西班牙区域内英国求偿案中任仲裁人。1928年他又在美国与荷兰间的巴尔马斯岛仲裁案中任仲裁人。1931年,法院表示下述意见:"任何不管个人意见如何而强迫一个人遵守其本国政府训令的职务,就是第十六条所说的"政治性的"职务。显然,参加和解委员会或调查委员会的法官不得参加法院对同一案件的审判。在法院的历年《年鉴》中,列有有时特别要求法院院长执行的非司法性的职务表,其中包括任命仲裁团体的公断人、和解委员会的人选、公民投票中的观察员等。

③ 规约第三十五条也有同样的规定;该条并规定这样决定的条件不得使各当事国在法院上处于不平等的地位。

为规约的缔约国。① 列支敦士登于 1950 年成为缔约国。② 成为规约缔约国的重要性，除其他外，在于下述事实：只有为规约缔约国的国家才能有效地成为规约第三十六条的任意条款的签字国，从而以接受相互义务的方法为自己取得法院强制管辖权的利益。③ 诚然，依据安全理事会在 1946 年通过的一项决议，非规约缔约国得签字于任意条款，但它明白规定，非经规约的各缔约国特别同意，这种签字不能对它们援用。此外，同一决议允许一个非规约缔约国的国家接受法院对于某一特殊争端④ 或所有争端或某类争端的管辖权而在法院中成为争端当事国。这种国家必须承诺信实遵守法院的判决和宪章第九十四条的相应义务。⑤

**第 25 目——1 丁丑　个人和国家以外的团体与法院的关系**

规约第三十四条规定，只有国家得在法院为争端当事者。这一规则在某种程度上是无批判地接受下述意见的结果，即：只有国家是并且能够是国际法的主体。这一规则事实上却因有两组规定而不那样严格。第一，依据同条，法院得请求公共国际组织提供有关正在审理中的案件的情报。这种组织得自动向法院提供情报，而法院有义务予以接受。当法院遇有涉及一个公共国际组织的组织法或根据这个组织法而通过的国际公约的案件时，应通知该组织，而该组织有权获得所有书面程序的文件副本。规约并没有给公共

① 对瑞士所规定的条件如下：(一) 接受规约的规定；(二) 接受联合国会员国依据宪章第九十四条的一切义务(关于实施法院的判决)；(三) 依照大会随时在与瑞士政府磋商后所核定的公平数额，承担法院经费。

② 条件与瑞士同。

③ 1948 年瑞士接受了任意条款的义务，从它成为规约缔约国之日起生效。1950 年列支敦士登也是这样。

④ 例如，1948 年，海得拉巴政府——印度否认它具有国家资格——发表声明，将它与印度之间关于 1947 年缔结的、规定两国关系的协定的解释和适用的争端提交法院。

⑤ 见第 25 目——1 己子。

组织下定义。它可以被界说为依据国家之间的条约所创设的并且至少一部分① 是由各国代表所组成的团体。其次，虽然联合国不是一个国家，因而不能在法院出庭，但它可以通过大会或安全理事会请求法院对任何法律问题发表谘询意见。这大概就包括了以联合国为当事者的争端的法律问题。虽然法院曾经认为联合国是国际法的主体并且可以提出国际求偿，② 但联合国不得将这种求偿向它自己的主要司法机构提出。③ 这充分表现了规约第三十四条的缺陷。规约还规定联合国的任何其他机关和专门机构——即与联合国发生有机联系的公共国际组织——如果经大会授权，得请求法院对在它们活动范围内发生的法律问题发表谘询意见。在这个限度内，这些团体在法院享有有限的诉讼能力。大会曾对若干专门机构授予这种权利。④

个人不以任何形式享有这种能力。这并不是说法院在任何情形下都不能对私人的求偿予以裁判。它的意思是说，在法院能这样做以前，必须有一个政府——通常是这个私人的本国政府

① 例如，国际劳工组织就不能被认为完全是由各国代表组成的。

② 1949 年 4 月 11 日关于为联合国服务而受损害的赔偿案的谘询意见。

③ 在 1949 年 12 月通过的一项决议中，大会授权秘书长对一个被指为对为联合国服务而受的损害应负责任的国家政府——不论是否为联合国会员国——提出国际求偿，并于必要时将“不能由谈判解决的求偿依据适当的程序”提交仲裁。为了应付因联合国没有在法院作为诉讼一方出庭的资格所发生的情形，1947 年联合国特权与豁免公约第三十节规定：遇有联合国与一个会员国之间发生意见纷歧，应即请求法院发表谘询意见；法院发表的谘询意见双方应接受为有决定性的。同年联合国与美国之间关于会所的协定一方面规定因该协定而发生的争端应提交仲裁，一方面又在第二十一节规定秘书长或美国得请求国际法院对于在仲裁进行中所发生的任何法律问题发表谘询意见，仲裁法庭应即“参照法院的意见”作出裁决。

④ 到现在为止，下列组织已经被授权请求法院提出谘询意见：国际劳工组织、联合国教育科学文化组织、粮食农业组织、国际民用航空组织、国际复兴开发银行、国际货币基金、国际电信联盟、世界卫生组织、政府间难民组织、大会临时委员会。1948 年哈瓦那国际贸易组织宪章第九十六条规定谘询意见有拘束力。

——支持这个私人的请求并向法院提出他的请求。[1] 正如法院所曾多次声明的，"一个国家为它的国民在一个国际法庭提出案件，就是主张它自己的权利——即保证国际法规则在它的人民身上获得尊重的权利"。[2] 当各国不愿意承认法院对它们之间的争端有强制管辖权这个原则的时候，要求承认一个个人有不顾一国的意志而在法院对该国提起控诉的权利可能是为时过早的。但是，似乎没有理由不允许法院在一切涉及国际法问题和有关国家特别同意出庭的案件上对国家和个人之间行使管辖权。在现行规约下，法院是没有这种权利的。

**第 25 目——1 戊　法院的职权**　在说明法院的管辖权以前，我们可以再提及一下国际法的下述一般原则[3]，即：任何国家不得被迫违反其本身意志而进行诉讼。因此，我们必须以各诉讼当事者的同意(不论是一般的和事先的同意，还是特殊的并在争端发生时表示的同意）作为法院管辖权的根据。国际社会还没有象国家社会那样，达到任何债权人或被害一方都能无需债务人的同意而传召债务人到法庭去的地步。在这个问题上各国并不反对求助于现行的国际法规则。事实上，在法院所作的判决中，许多都在某种形式上涉及关于法院管辖的抗辩，即认为原告国所援用的管辖条款实际上并未赋予法院以管辖权。

除谘询职权(见下文)外，法院的管辖(第三十六条)可以分为

---

① 事实上，国际法院的判决多数是关于私人提出的求偿。关于求偿权的国籍，见上卷，第 155 目——2。第 25 目——1 乙附注所提及的现在已不存在的中美洲法院的组织法规定，该法院应受理缔约国之一的个别人民对任何其他缔约国所提的求偿，而不论他的本国政府是否支持他的求偿。关于混合仲裁法庭，见上卷，第 289 目附注。

② 依照规约第三十四条现在的措词，法院显然不能因战争罪或其他违反国际刑法的行为而对个人行使刑事管辖权。见第 257 目——2。

③ 见第 12 目。

自愿的和强制的。(一)**自愿管辖** 对于依据特别临时协定而“提交之一切案件”,法院的管辖是**自愿的**。

(二)**协定管辖** 以下述为根据的管辖是**强制的**:(甲)非专门规定和平解决的条约中的特别条款。这一类包括在下述各种条约规定下发生的争端,即:国际劳工公约、大多数设立国际组合的所谓立法条约、联合国专门机构的组织法、商务条约、同盟条约、①托管协定和许多其他规定将有关其条款的解释的争端提交法院的条约。

(乙)规定司法解决的和平解决条约,通常是与和解相结合或与仲裁及和解相结合的(见第25目——1辛);或

(丙)**任意强制管辖** 依照法院规约第三十六条所谓“任意条款”,联合国任何会员国或规约的任何缔约国都可以随意决定受“任意条款”的拘束。1920年起草规约的法学家委员会建议,对盟约第十三条所列举的一切属于法律性质的案件,法庭的普通与经常管辖应为强制的。但是,主要由于有些大国反对,在大会通过规约以前,这项规定从规约中被删除了。代替它的是规约第三十六条的一项规定——任意条款——使国际联盟会员国及盟约附款中所列举的国家得声明,在与其他接受同样义务的任何国家的关系上,关于下列性质的各类或任何一类的法律性质的争端,②承认法院的管辖为当然具有强制性的,而不需另订特别协定:(子)条约的解释;(丑)国际法的任何问题;(寅)任何事实的存在,如经确定,即属违反国际义务;(卯)因违反国际义务而应作的赔偿的性质及其范围。这种义务仅对本身已接受这一义务的对方有效,而

① 例如1946年3月22日英国与约旦之间和1948年1月15日英国与伊拉克之间的同盟。

② “法律性质”一词仅指第三十六条所列举的四类争端。它并不含有任何别的限制的意思。任何属于这四类之一的争端当然是“法律性质”的争端。

且就这一点而言，总是有条件的。[1] 接受这种义务可以是没有时间限制的，也可以是有一定期限的；而且它可以附有其他条件或将某种争端除外的保留，虽然第三十六条的措词似乎并不支持这一点。同样，虽然在 1945 年修改规约的过程中，多数国家表示赞成由规约赋予法院以对上述四种争端的强制管辖权，但是有些国家——尤其是美国和苏联——不同意这一办法。最后，占优势的意见是：一个没有强制管辖权但为联合国全体会员国所接受的法院毕竟胜于一个具有司法法庭的通常特性但只限于联合国少数会员国的法院。

除了次要的例外以外，所有现在受任意条款拘束的政府都附有一些广泛程度不同的保留。[2] 英国的接受声明在 1929 年 9 月曾有力地推动了许多国家签署任意条款；这个接受声明适用于"所有在本声明批准后发生的关于批准后的情势或事实的争端，但下列争端除外：

"争端各当事国已经议定或将议定用某种其他和平解决方法来解决的争端；

"与同时又为英联邦成员国的任何其他国际联盟会员国政府的争端，所有这类争端应依照各当事国所已经议定或将议定的方式解决；[3]

① 赫德逊指出，第三十六条最后一项中"彼此拘束为条件"等字样似乎是赘词。但是，由于这句话隐示一国对任意条款所附加的保留可以被该条款的其他签字国引用来对抗该国，它们可能不是完全不必要的。1928 年和平解决国际争端公约第三条第三款明白规定"如果争端当事国之一作了一项保留，其他当事国对于该当事国可以施行同样的保留"。

② 关于已被取消的关于捕获法事项的保留，见第 447 目和第 447 目——1。

③ 该种原意在于强调英联邦成员国间的关系没有国际成份的特殊保留，现在可能已属过时；并且，由于英联邦内没有相应的机构，它反而产生了与当初作这种保留的宗旨相反的结果。没有任何东西妨碍英联邦的一个成员国根据任意条款以外的强制解决文件（例如 1949 年缔结的关于航空服务的各种协定）在法院中传唤另一成员国。

“关于依照国际法完全属于联合王国国内管辖的问题的争端。”①

其他国家附有类似的、有时甚至更为广泛的保留。1939年9月对德战争暴发时，英国以1930年2月批准接受任意条款以来情势发生了改变为理由，增加了一项保留，大意是：英国不认为该项条款适用于由战争期间发生的事件所引起的争端②。1940年，英国将其对任意条款的接受从接受之日起延期五年，但仍受上述1930年2月5日以后发生的一切争端的保留的限制；五年期满后继续有效“直至通知终止接受时为止”——鉴于没有规定所需要的通知期间，它的期限是相当不确定的③。有些保留——如关于过去争端的保留——的效果是深远的。这种保留的目的，就其旨在保障与作战行为和长期行使主权的土地有关的利益而言，是可以通过提出具体指明这些事项的保留而有效地达到的。关于依照国

① 并且还附有“下述条件，即：英王陛下政府保留权利，要求对于已经提交并正由国际联盟行政院考虑的任何争端暂停进行法院的诉讼程序，但……这种暂停应以十二个月或争端各当事国议定或行政院除争端当事国以外的全体理事国以决议决定的更长的期间为限”。

② 澳大利亚、印度和新西兰采取了同样的步骤。据称，在1929年，这种性质的保留被删去，理由是当时预计国联各会员国将对侵略国采取共同行动，因而不会发生中立国因作战方式提出求偿的情形。法国也发出了一件类似的通知，它象英国一样，援引了下述的事实，即：自从任意条款签订以来，情况已经发生了根本的变化，因为盟约所建立的解决争端的制度对于国联各会员国已经没有“一律的和强制的”拘束力，因而对交战与中立权利问题的看法已经与前完全不同了。瑞士注意到这些通知，但保留它的权利。比利时和荷兰作了类似的保留。一般说来，必须认为片面终止任意条款的义务，应受关于终止条约的条件的限制。情况的剧烈变化明显地可以构成一个这种性质的条件。1938年6月，巴拉圭通知国联秘书长说，鉴于它的国联会籍已经终了，它决定从此撤回它接受规约第三十六条规定的强制管辖的声明。由于最初的声明是没有时间限制的，有些国家明白表示保留将来它们对这个事项的权利。

③ 1948年3月17日布鲁塞尔条约各缔约国——比利时、法国、卢森堡、荷兰和英国——都受任意条款的义务的拘束，为期五十年，但它们在作接受声明时都附有保留。

际法纯属被告国国内管辖事项的保留，在科学上是既不妥善又不必要的，因为被告国在这种事项上的地位已经由国际法予以充分保障。但是这种特别保留的结果是会引起对法院究竟有无受理这种争端的管辖权的怀疑(也许是无根据的怀疑)。这些保留的累积的效果是使任意条款的重要性大为减低。

1946年——这是美国认为它能够签署任意条款的第一次——美国所附加的保留，在使任意条款的接受几乎失去法律义务的方向上走得更远。例如，美国的声明包括两项重要保留：第一，它把“关于**美国决定**为在本质上属于美国国内管辖事项的争端”除外。这种决定应由美国立法机关还是行政机关作出，是不确定的。很明显的是，一种义务的适用范围如果听由有关当事国自己决定，则这种义务只是虚有其名的法律义务而已。第二项保留是将“在多边条约下发生的争端”除外，“除非：(甲)所有受判决影响的该条约的缔约国也都是法院受理的那个案件的当事国，或(乙)美国对管辖权特别表示了同意”。这种保留的效果之一是，举例来说，如果有人向美国提出一项有关一个多边条约的求偿，而这个条约有五十个缔约国，则除非美国放弃保留，美国就沒有服从法院管辖的义务，除非所有五十个国家都作为原告或被告参加诉讼。在嗣后有些文件中美国接受法院对这些文件的解释有强制管辖权，但在这些文件中它又重申了它在任意条款下所作的保留，从而限制了它的义务。① 其他重要国家——如法国、墨西哥和巴基斯坦——也仿效美国的榜样，特别是关于它们认为在本质上属于它们的国内管辖的争端。

尽管有这些保留，任意条款仍然构成强制司法解决的最广泛和最重要的工具。除了这些保留以外，大概沒有什么争端不在任

① 例如 1948 年美国和某些国家所缔结的各种经济援助协定。

意条款所列举的四类争端的范围之内。① 依据任意条款而承担的义务已成为法院活动的一个重要来源。② 同时，在对任意条款的接受实质上比现在更近似于一个社会的成员彼此负有把它们的争端无保留地提交执行国际法的司法法庭的道义义务以前，国际法院的权威和效用是不大可能达到充分的——或应有的——程度的③。而且，虽然在限制国家军备这一类问题上，各国在安全还没有充分保障的情形下，不能任意放弃国家主权的特权，④ 但在强制司法解决问题上，它们却有可能对法治和国际和平作出重要的贡献，而并不因此危及它们的独立或国家生存。

（三）**谘询管辖** 第三，法院的管辖可以是**谘询性的**。规约第六十五条规定法院如经任何团体由联合国宪章授权而请求或依照

① 即使任意条款仅适用于关于"国际法之任何问题"的争端，情形大概也是这样。据信，这一类别是可以包括第三十六条所列举的其他三类争端的。鉴于这种情形，对于第三十六条各类争端如何提法，不必过分重视。例如，法院对于"任何事实之存在，如经确定，即属违反国际义务者"有作出决定的管辖权，这并不意味着法院对于任何其他事实就没有作出决定的管辖权，只要这种事实的断定对于判决属于第三十六条所列举的其他各类之一的争端是必要的。在塞尔维亚贷款案中，法院认为："法院所必须确定其存在的事实，可以是属于任何种类的"，因为"有关国家可能同意应予确定的事实构成对国际义务的违反"。

② 例如：比利时与荷兰之间的马斯河水流改道案（1937 年）、意大利与法国之间的摩洛哥磷矿案（1938 年）、立陶宛与爱沙尼亚之间的"巴涅韦日斯—萨耳杜提斯基斯铁路案（1939 年），以及比利时与保加利亚之间的索非亚电气公司案（1939 年）。根据任意条款判决的案件的一个重要例子是丹麦与挪威之间的东格陵兰法律地位案（1933 年）。英挪捕鱼案是在 1949 年由英国根据任意条款提出的。

③ 接受任意条款而不附以保留的国家为数日多。其中有下列各国的声明：玻利维亚、中国、丹麦、多米尼加共和国、危地马拉（但与英国的关于贝利兹领土的争端除外；危地马拉准备将这项争端提交法庭，但须关于该争端的判决不是以法律规则为根据而是以"公允及善良"原则为根据。）、海地、洪都拉斯、列支敦士登、尼加拉瓜、挪威、巴拿马、巴拉圭、瑞士、泰国和乌拉圭。比利时、哥伦比亚、卢森堡、荷兰、瑞典和土耳其等六国的唯一保留是关于过去的争端。在 1949 年，有三十四个国家受任意条款的拘束。

④ 见第 25 目——12。

联合国宪章而请求时，得对于任何法律问题发表谘询意见。按照宪章第九十六条，这些团体是大会、安全理事会和经大会授权得请求发表谘询意见的其他机关和专门机构。① 谘询管辖已经在事实上证明比当初所预料的更为有效和更为重要。法院所发表的谘询意见的数目几乎和它所作的判决的数目相同。法院的谘询职务的目的主要是对法律问题提供权威性的法律意见，借以帮助安全理事会和大会履行它们对于提交给它们的争端从事和解和报告的义务。严格地说，法院在行使它的谘询管辖权的时候，是沒有爭执当事国的，但是规约(第六十六条)指示法院将谘询意见的申请通知一切有权在法院出庭的国家和法院认为对于谘询的问题可能供给情报的国际团体。应当通知它们：法院准备接受关于该问题的书面陈述，或准备于公开审讯时听取口头陈述。在实践上，许多有关当事国都由律师代表它们出庭幷就案件进行辯论。自从法院成立以来，就法院的程序而言，诉讼管辖和谘询管辖在事实上已逐渐越来越变得一样了。1927年9月，法庭修改了它的规则第七十一条，使各国能够在关于现有的爭端的谘询程序中象规约第三十一条关于诉讼程序的规定一样选派本国法官。② 修正的规约第六十八条只是确认了现行的实践，它规定“法院执行关于谘询意见之职务时，幷应参照本规约关于诉讼案件各款之规定，但以法院认为该项条款可以适用之范围为限”。国际联盟行政院在每一个案件中都采纳了法院的谘询意见，③ 谘询意见从而构成行政院报告的法律根据。因此，就实际效力(虽然不一定在法律义务上)而言，判决与谘询意见的区别实在很少。所以，当法院被请求对东卡累利亚

① 第25目——1丁丑。

② 见第25目——1己丑。

③ 但在执行谘询意见时并不是总不加以修改的，例如关于德国割与波兰的领土上的德裔移民案的第六号谘询意见。

地位案发表谘询意见时,法院声称:“对(向法院提出的)问题作答复,实质上就等于对各当事国之间的争端予以判决”;因此,在当事国一方拒绝出庭时,法庭就不肯发表意见。另一方面,在关于对保、匈、罗和约解释案的谘询意见案中,当有人以这些国家并未参加辩论为理由反对国际法院对该案发表意见时,法院则不承认这种反对是正确的。法院所根据的理由是:法院是被请求对纯粹程序性问题发表意见的。并且,法院指出,它的答复只是谘询性质,其本身是没有拘束力的:“因此,任何国家,不论是否为联合国会员国,都不能阻止法院发表联合国认为为取得有关其所应采取的方针的资料而需要的谘询意见。法院的意见不是向国家发表的,而是向有权请求谘询意见的机关发表的;法院本身是一个‘联合国之机关’,它的答复表明它参加了联合国的活动,而且在原则上,它是不应该拒绝答复的。”①

在国际联盟存在期间,关于请求谘询意见是否需要绝对的一致同意,还是需要——假定这是一种程序事项——简单多数,或是需要国联行政院或大会的有条件的一致同意,颇有讨论。在宪章下,则不发生这种困难。就大会而言,请求谘询意见是“重要问题”之一,按照宪章第十八条第二项需要有三分之二的多数决定。就安全理事会而言,这个问题大概是要依照宪章第二十七条的规定办理的;该条规定,安全理事会对于一切事项——除程序事项外——的决议应以七个理事国的可决票,包括全体常任理事国的同意票表决之(但对依照第六章作出的关于和平解决争端的决议,争端当事国不得投票)。由于大多数对谘询意见的请求是不能依据第六章

① 在1948年5月关于一国被接纳为联合国会员国的条件案的谘询意见中,法院明白肯定它对于涉及宪章解释的问题有发表谘询意见的职权。法院“规则”第八十二条第二款规定,如果法院认为一项对谘询意见的请求必须快些予以答复,法院应采取必要的步骤以加速其程序。

提出的，这就意味着作为争端当事国的常任理事国不能阻止请求谘询意见。另一方面，这种请求不是仅仅需要安全理事会多数的程序事项。联合国的一个机关可能不需要全体一致的表决就请求谘询意见这一点，可以说在某种程度上使法院有了强制管辖权，不过谘询意见是没有拘束力的。

**法院所能适用的法律规则**　法院适用哪些法律规则呢？第三十八条对这个问题作如下的答复：

法院应适用——

（子）国际公约——不论是一般的或特殊的——确立诉讼各当事国明白承认的规则的；

（丑）国际习惯，作为通例的证明而经接受为法律的；

（寅）一般法律原则，为文明国所承认的；

（卯）在第五十九条规定下，司法判例和各国权威最高的公法学家学说，作为确定法律规则的补助方法的。

上述规定不妨碍法院，经当事国同意，本“公允及善良”原则裁判案件之权。

（子）、（丑）、（寅）和（卯）各项并没有带来任何新的法律因素，它们实质上表示了各种国际仲裁法庭在根据严格的司法原则决定争端时的实践①。最后一项表明了赞同设立国际法院的国家的下述意思，即：虽然国际法院主要地是一个司法法院，但如果各当事国愿意授权它的话，它可以以比较灵活的资格行

① 然而，第三项却是国际法发展的一个标志，而且由于它明文承认了国际条约和习惯所表现的法律原则之外的法律原则也有拘束力，它就否定了极端的实在法主义学说。它确定地消除了可能产生下述情形——这种情形过去在法律上从不曾有过而在实际上也没有出现过——的疑虑，即：法院对于一个案件因无可适用的法律而必须拒绝作出判决。见上卷，第15目至第19目。

事。①

司法判例作为影响法院工作的一个因素，其地位是需要加以注意的。如所周知，对于过去判决的效力，英美法体系和大多数的大陆法体系表现显著的不同。② 第五十九条规定“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力”，这样的规定似乎体现了不采取严格的英美司法先例主义的愿望。但是，有意地或无意地受过去对类似情形所作结论的影响的习惯，是法官象其他人一样所具有的一种不可避免的思想活动过程；而且经验表明，第五十九条以及在第三十八条中提到第五十九条，并不妨碍法院巩固和扩大“万国法法典”的任务。事实上，虽然世界的政治情况不容许国际法院将法律适用于直接威胁和平的重要纠纷，但法院却充分地完成了在它成立时对它所期望的另外一部分任务，它已成为发展和阐明国际法的一个有力的机构。法院并不认为它受自己过去判决的拘束，但它却常常提到它以前所作的判决，借以表示它对于某一问题的意见的连续性，或对表面上意见的前后不一致加以说明。这种连续性并不因国际常设法院在形式上为国际法院所代替而中断③。国际法有很大的一部分现已为该法院的判决所涉及④。如果把法院的比较简短的判决——这些判决之所以简短，在某种程度上是由于在象法院这样庞大的团体中对法律的陈述不易获得一致同意

① 在瑞士与法国之间关于上萨瓦自由区及节克斯区案的争端中，法院依照“公允及善良”原则作出判决的权力问题成了讨论的问题。由于这个案件的情节和将争端提交法院的特别协定的措词，致使法院命令中有一些词句，似乎令人怀疑法院是否有权在各当事国的授权下离开现行法律。通常，对于法院这样做的权力是不应有任何疑义的。

② 本书修订者曾经在另外地方说过：就过去的判决的实际效力而言，这种差异并不象一般所想象的那样明显。

③ 见第25目——1丙丑。

④ 第三十条授权法院订立关于它的程序的规则。1936年3月11日通过并公布了新的规则，这些新的规则考虑到对法院规约的各项修正并废止了所有以前的规则。

——改为参照国际学说和国际与国内各法院判决而作出的说明理由的详细判决，法院的这种贡献将会更为有用。

**第25目——1己 程序** 法院正式的文字是法文和英文，但法院经各当事国的请求，应准许使用其他文字(第三十九条)。法院于必要时，得向各当事国和安全理事会指示“应行遵守以保全彼此权利之临时办法”(规约第四十一条及法院规则第六十一条)。①

各当事国应由代理人代表，并得由律师或辅佐人协助。各当事国在法院的代理人、律师和辅佐人应享受独立行使其职务所必要的特权与豁免(第四十二条)。② 诉讼程序包括交换书面“诉状、辩诉状及必要时之答辩状”，以及法院口头“审讯证人、鉴定人、代理人、律师及辅佐人”(第四十三条)。③ 审讯是公开的，但在法院另有决定或各当事国要求秘密审讯时不在此限(第四十六条)，但法

---

① 有人(不很肯定地)认为，受规约签署议定书拘束的国家必须遵从法院所指示的措施。这种说法不论如何有说服力，在规约的文字上是找不到直接根据的。在废止1865年中比条约案中，法院院长依据法院规则第五十七条，指示了临时保护办法，其所根据的理由之一是：所控违反条约的情形“是不能简单地以付给赔款、或以其他物质方式给予补偿或恢复原状来补救的”。有很多次，法院曾拒绝答应临时措施的请求。法院大概有权把拒绝遵从对临时措施的指示作为估计损害的一个重要因素。在比利时与保加利亚之间关于索非亚电气公司案中，法院于1939年12月5日发出命令，作为一种临时保护措施，指示保加利亚保证在法院作最后判决以前不采取任何足以妨碍比利时所要求的权利或使向法庭提出的争端更趋严重或扩大的步骤。

② 法院不能作缺席裁判；如果当事国一方不到法院而他方请求作有利于该方的裁判，法院在允准这种请求前，应查明法院对该案确有管辖权，并且该项要求在法律上和事实上都是有根据的(第五十三条)。1949年，在英国与阿尔巴尼亚之间的科孚海峡案的最后阶段中，法院曾适用这一条的规定。法院指出，第三十五条虽然规定法院有考虑到庭的当事国所提的陈诉的义务，但并没有使它担负研究这些陈诉的所有细节是否正确的职责。法院说，在实际上，这一点在有些对方未加反对的案件中可能证明是不可能的。“法院只要用它所认为适当的方法查明陈诉是有根据的就行了。”在该案中，法院根据专家的报告，核计应付给英国的赔偿数目。

③ 关于代理人和律师的辩论，如果法官能随时向他们提出问题，自然就可以提高审讯的真实性。

院的评议应秘密进行，并且永守秘密(第五十四条)。① 法院得对任何个人、团体、局所、委员会或其他组织委以进行调查或提出鉴定意见的任务(第五十条)。例如，在英国与阿尔巴尼亚之间的科孚海峡案中，法院于1948年指派了一个包括荷兰、挪威和瑞典海军军官的专家小组，在当地进行调查后，对有关在科孚海峡布雷和扫雷的若干技术问题提出报告（1948年12月17日命令）。在本案后来的一个阶段中，法院曾指派专家研究英国提出的关于补偿要求的数字和估计(1949年11月14日命令)。法院有权为办理案件而颁发命令(第四十八条)。②

一切问题，包括法院的判决书在内，都由出席的法官的多数决定，院长或代理院长职务的法官有投决定票之权。③ 判决书载明它所根据的理由和参与裁判的法官的姓名；异议法官有权发表个别意见(第五十五条至第五十七条)。④ 法院的判决是终局的，不得上诉，但可以用以下两种办法再在法院提出:(一)要求**解释**，如果对于判决书的意思或范围发生任何争端的话;⑤ (二)要求**复核**，

① 法院规约和法院规则最初都没有关于法庭前往与诉讼有关的地方的规定，在缪斯河水流改道案中，法庭以1937年5月13日命令决定“在当地进行视察”。1945年的规约所作的一项修改，授权法院于认为合宜时在海牙以外的地方行使职务。

② 法院对于程序问题，例如确定时间限制或拟定向代理人提出问题，曾经发出这种命令。但对于一些实质问题，也曾经发过这种命令，例如：规定由专家进行调查(霍茹夫工厂案)，承认或驳斥各当事国所提的证据(奥德河委员会案)，同意或驳斥临时措施的请求(中比条约案、波兰农村改革与日耳曼少数民族案)，准许或驳斥本国法官参加的请求(德奥关税制度案)。而且，在上萨瓦自由区及节克斯区案中，法院遇到了一个仲裁协定要求它按照它认为与规约不合的方式行事的情形；法院于是采取了颁发一个命令的办法来发表它对该争端的是非曲直的一些重要方面的意见。

③ 在荷花号案中院长曾行使这项权利。

④ 此外法官还可以附加意见，以便强调案件的某些方面，或者指出他们与多数意见不一致的一些地方，虽然他们对于多数判决书的其他方面已经表示同意。1948年，法院决定，一个与多数意见不一致的法官的意见应称为“异议意见”，而赞成多数意见的法官的单独意见应称为“个别意见”。

⑤ 但不越出判决书的范围。

这只有在下述情形下，即："发现具有决定性之事实，而此项事实在判决宣告时为法院及申请复核之当事国所不知者，但以非因过失而不知者为限"；复核的申请必须于新事实发生后六个月内提出，并在判决之日起十年内提出(第六十条、第六十一条)。除法院另有裁定外，诉讼费用由各当事国自行负担(第六十四条)。①

如果有第三国认为"某案件之判决可影响属于该国具有法律性质之利益时"，法院得容许该国作为第三方参加②。如果法院对一个公约加以解释，书记官长应通知该公约的每一缔约国，这些国家有参与诉讼程序的权利——但有下述后果，即：行使了这项权利之后，判决书对这些国家就有同样的拘束力(第六十二条，第六十三条)。③

规约中有关于特别分庭的规定：(一)第一，规约规定法院得随时设立一个或数个分庭，由法官三人或三人以上组织之，以处理特种案件，例如劳工案件和关于过境及交通的案件；(二)第二，法院为处理某一特定案件，得随时设立分庭；(三)第三，法院应于每年以法官五人组织一个分庭，该分庭"经当事国之请求，得用简易程序审理和裁判案件"(第二十六条至第二十九条)。

**第25目——1己子　法院判决书的拘束力和执行**　执行国际法的法庭的判决书对各当事国有拘束力的原则，是国际法的一项公认的原则。在这个限度内，规定联合国每一会员国在其为当事国的任何案件中承允遵行国际法院对该案件的判决的宪章第九十

① 直到现在，法院在任何案件中都未曾命令当事国一方支付他方的诉讼费用。

② 例如在温勃登号案中，波兰曾被允许参加。在波兰国籍的取得案中，法院则不许罗马尼亚参加。

③ 法院曾判称，第六十三条以及给予法院以决定法律或事实问题的强制管辖权的第三十六条，使法院有可能作出具有"纯粹宣示性的效力"的判决书。

四条[①] 只是宣示性的。过去还没有过一个当事国拒绝遵从法院判决的情形。[②] 极少数的拒绝遵从仲裁法庭的法律判决的例子，是因为据称有逾越管辖权的情形。[③] 但是，为了国际法的权威，应该有对抗拒的当事国强制执行法院判决的规定。宪章第九十四条第二项作了这样的规定，不过还不很完善；该项规定，如果一个案件的任何一个当事国(不论是否联合国会员国)不履行依据法院判决应负的义务，他方(不论是否为联合国会员国)得向安全理事会申诉，安全理事会"如认为必要时，得作建议或决定应采取办法，以执行判决"。这一规定可解释为宪章只是授权安全理事会采取行动，而并不使安全理事会有采取行动的义务。按照这种解释，安全理事会可以实行下述三种办法之一：(甲)它可以不采取任何行动；(乙)它可以提出建议（其中似乎可能涉及对判决书的修改；[④]（丙)它可以决定实行判决书的措施。但是，可以相当有理由地认为，安全理事会是负有采取行动的义务的，而"如认为必要时" 一语所包含的自由决定权是指在后两项办法中择一实行而言。由于安全理事会的建议并没有拘束力，在法院中获得胜诉的国家仍然会得不到救济——除非将第九十四条解释为：如果安全理事会的建议未为败诉的当事国所接受，安全理事会有权决定措施，以实行法院判决书。根据宪章第二十五条，安全理事会关于这种事项的任何决议

---

① 对于加入规约的非会员国，如瑞士，可以说是规定了同样的义务，因为它们被要求遵守第九十四条的义务。可是，应当注意的是，第九十四条仅对联合国会员国规定了遵守法院判决的义务。但如上面所指出的，第九十四条在基本上是宣告现行国际法的。在任何案件中接受法院的管辖就必然含有遵守法院判决的义务。又见规约第五十九条，该条规定判决对各当事国有拘束力。

② 在温勃登号案中，法院拒绝裁决在法院的判决不被遵守的情形下给予更高的利率，理由是：法院"既不能也不应设想"有这种情形。

③ 见第16目。

④ 因为"应采取办法，以执行判决"等字，似乎是只指决议而言而不是指建议。

是有拘束力的；在这一条中，联合国会员国同意接受并履行安全理事会的决议。而且，并没有任何规定禁止安全理事会认为，对这种建议的拒绝遵行构成了对国际和平的威胁——即使问题本身没有达到需要依据宪章采取强制行动的严重性和程度——并且依据宪章第七章采取强制行动。①

有人可以争辩说，在没有有效的国际立法机关对于虽系依照法律作出、但足以引起困难或不能实行的司法判决的结果予以补救的情形下，负有维持国际和平与安全的最高责任的联合国最高机关，对于这种事项具有若干自由决定的管辖权是适宜的。但是，这种管辖权必须不损害法院和一般国际法的权威。因此，有必要澄清宪章第九十四条的意思，以便使安全理事会的行动成为强行性的②、而不只是许可性的行动；同时，也有必要修改宪章，以免安全理事会在这方面的行动受常任理事国全体一致的要求的束缚。如果安全理事会没有不得已的理由而不采取有效行动来执行法院所确定的合法权利，这对各国不得从事武力或武力威胁的义务可能是造成了不可容忍的负担。③

**第25目——1己丑　本国法官**　法官不应代表当事者的利益，而应代表正义的利益，这是国际法院规约所体现的制度的本质，正

① 下述见解是没有根据的，即认为安全理事会在依据第九十四条而进行处理时，它只是依据宪章第五章、第六章和第七章所规定的它的一般权力而行事，而不是作为联合国的执行吏（譬喻说）而行事。但是，这个争论多少是有点理论上的空谈。安全理事会的决定无论如何总是有拘束力的。没有任何东西阻止它把因不遵守判决而发生的情势称为对和平的威胁并据此进行处理。

② 象在国际联盟盟约第十三条的情形。

③ 有人主张——虽然这种论点能否使人信服是有疑问的——联合国所有会员国至少有权使用某些武力措施来执行有利于它们的判决，这是因为宪章第二条只禁止从事武力的威胁或使用“或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立”，而且第一条对使用和平方法以解决争端规定有“依正义及国际法之原则”的限制。

如一般的司法一样。但是，规约却又承认在事实上这个原则有一个例外，因为它规定了所谓本国（或临时）法官。规约第三十一条规定，法院在受理一个案件时，属于诉讼当事国国籍的法官保有参与之权，但是如果法院只有属于当事国一方国籍的法官，任何它方都得选派法官一人，参与该案；如果法院没有属于当事国双方的国籍的法官，各当事国都得选派法官一人。这些规定也适用于法院分庭（规约第二十六条和第二十九条）[①] 并且一般地适用于谘询意见事项。如果有几个当事国具有"同样利害关系"，它们在这个问题上只应作为当事一方。选派的法官必须具有规约第二条所规定的一般资格。[②] 他们在就职前也必须与法院的每一个其他法官一样，在公开法庭郑重宣言本人将秉公竭诚行使职权（第二十条）。后一项规定必须参照下述事实来认识，即：法院的普通法官时常有投票反对他们所属国家的主张的情形，而在记录上却从来没有过临时法官采取与指派他们的政府相左的态度的情形。然而，一个国家所派的临时法官在某种意义上倾向于代表这个国家，这是很自然的。本国法官制度使在国际法院中代表本国利益的观念继续维持下去，而这是否应认为是规约的一个永久特征，是有疑问的。[③]

① 见第25目——1己。

② 见第25目——1丁。

③ 一般的意见似乎是，至少在国际组织的现阶段，本国法官制度是有用的并且应当保留。在1929年和1945年考虑规约修改问题的法学家委员会的意见也是如此。赫德逊虽然认为国际常设法院的历史并没有证实一种认为本国法官只表示和赞许他们的本国政府所持意见的结论，但是他说："根据1922年以来法院的经验，可以说本国法官……通常是支持他们所属的或指派他们的政府的主张的，其方法是同赞成这种主张的多数表示一致，或在多数反对这种主张时表示异议"。有时有人提出下述意见，即：法院中有本国法官参与可以使有关国家更相信法院是公正不偏的，并且本国法官能够通过向法院提供关于指派他的国家的意见和该国的现行法律的情报而对法院给予协助。鉴于已经有有关国家的代理人和专家法律顾问的协助可资利用，后一论点是没有显明说服力的。

**第 25 目——1 己寅　法院规约的修正**　与国际裁判常设法院规约不同，国际法院规约的第六十九条规定以适用于修改宪章的一般程序来修改规约——即需有包括安全理事会全体常任理事国在内的同意。[①] 法院本身被授权对规约提出修正案[②]——这是一种有益的创举，它使一群极有资格的人能够根据他们自己的活动的经验拟出建议，而正是这个原因使这种建议具有特别的权威。

**第 25 目——1 庚　判决、谘询意见和命令的清单**　国际裁判常设法院和国际法院所作的判决、谘询意见和命令列单如下：[③]

（甲）**判决**：

（一）1923 年 8 月 17 日英国、法国、意大利和日本（波兰参与）诉德国，关于凡尔赛条约第三八〇条所规定的基尔运河制度的案件（温勃登号案）。

（二）1924 年 8 月 30 日希腊诉英国，关于玛佛朗玛提斯巴勒斯坦租让权的案件。

（三）1924 年 9 月 12 日保加利亚诉希腊，关于纳伊条约第一七九条附件第四项的解释的案件（这是一个采用简易程序的案件）。

---

① 见上卷，第 168 目——18。

② 规约第七十条。

③ 在 1931 年以前，法院的判决和命令载于法院出版物甲集，谘询意见载于乙集。1931 年至 1939 年，法院公布的一切文件均载于甲乙合集。从 1947 年起，后者由名为《判决、谘询意见和命令集》的一种年刊所代替。关于 1939 年以前的个别判决和谘询意见的详细内容，见国际常设法院出版物丙集（《有关法院所发表的判决和谘询意见的文件集》），这个集子大部分是刊载各当事国所提出的诉状和辩诉状、口头和书面辩论、开庭纪录以及其他有关文件。1948 年，这个集子由《诉状和辩论词及文件集》所代替。1925 年至 1945 年间出版的戊集以及 1946 年以后出版的法院《年鉴》是研究法院工作的人所不可不备的书。其中有：法院工作年度报告；关于法院组织的消息以及有关法院管辖权的各种文件；关于规约和规则的改动情况和法院关于此事的决定的摘要；以及一个关于所有提到法院的官方和非官方出版物的极为完全的目录。

（四） 1925 年 3 月 26 日保加利亚诉希腊，关于第三号判决的解释的案件（这是一件采用简易程序的案件）。

（五） 1925 年 3 月 26 日希腊诉英国，关于玛佛朗玛提斯耶路撒冷租让权的案件。

（六） 1925 年 8 月 25 日德国诉波兰，关于波属上西里西亚德国利益的案件（关于管辖权问题）。

（七） 1926 年5 月 25 日德国诉波兰，关于波属上西里西亚德国利益的案件（关于案情实质）。

（八） 1927 年 7 月 26 日德国诉波兰，关于霍茹夫工厂求偿案（关于管辖权问题）。

（九） 1927 年 9 月 7 日土耳其诉法国，关于荷花号案。

（十） 1927 年 10 月 10 日希腊诉英国，关于修改玛佛朗玛提斯耶路撒冷租让权的案件（关于管辖权问题）。

（十一） 1927 年 12 月 16 日德国诉波兰，关于第七号和第八号（霍茹夫工厂案）判决的解释案。

（十二） 1928 年 4 月 26 日德国诉波兰，关于上西里西亚少数者权利（少数者学校）的案件。

（十三） 1928 年 11 月 13 日德国诉波兰，关于霍茹夫工厂求偿案（关于案情实质）。

（十四） 1929 年 7 月 12 日法国诉南斯拉夫，关于在法国发行的塞尔维亚债券案。

（十五） 1929 年 7 月 12 日法国诉巴西，关于在法国发行的巴西联邦债券案。

（十六） 1929 年 9 月 10 日德国诉捷克、英国、法国、丹麦和瑞典诉波兰，关于奥得河国际委员会属地管辖权案。

（十七） 1932 年 6 月 7 日法国诉瑞士，关于上萨瓦自由区及

节克斯区案。

（十八）1932年6月24日关于美默尔规章解释案（关于管辖权问题）。

（十九）1932年8月11日关于美默尔区规章解释案。

（二十）1933年4月5日丹麦诉挪威，关于东格陵兰案。

（二十一）1933年12月15日彼得·巴似马尼大学诉捷克斯洛伐克国家，关于对匈捷混合仲裁法庭判决上诉的案件。

（二十二）1934年3月17日法国诉希腊，关于灯塔案。

（二十三）1934年12月12日英国与比利时之间的奥斯克尔·钦案。

（二十四）1936年12月16日匈牙利与南斯拉夫之间的巴则斯等案（对匈南混合仲裁法庭判决的上诉）。

（二十五）1937年6月28日比利时与荷兰之间关于马斯河水流改道案。

（二十六）1937年10月8日法国与希腊之间关于克里特和萨摩斯灯塔案。

（二十七）1938年6月14日意大利与法国之间关于摩洛哥磷矿案（初步反对意见）。

（二十八）1939年2月28日爱沙尼亚与立陶宛之间关于潘尼维藏—沙都提斯基斯铁路案。

（二十九）1939年4月4日比利时与保加利亚之间关于索非亚与保加利亚电气公司案（初步反对意见）。

（三十）1939年6月15日比利时与希腊之间关于比利时商业公司案。

（三十一）1949年3月25日英国与阿尔巴尼亚之间关于科孚海峡案（初步反对意见）。

（三十二）1949年4月9日英国与阿尔巴尼亚之间关于科孚海峡案(关于案情实质)。

（三十三）1949年12月15日英国与阿尔巴尼亚之间关于科孚海峡案(关于损害赔偿的核定)。

（三十四）1950年11月30日庇护权案(哥伦比亚诉秘鲁)。

（三十五）1951年6月13日哈雅·得·拉·托尔案(哥伦比亚诉秘鲁)。

（乙）**谘询意见：**

（一）1922年7月31日，关于凡尔赛条约第三八九条第三款(指派出席国际劳工会议代表)的解释。

（二）1922年8月12日，关于国际劳工组织的职权是否包括对农业工人的工作条件作国际规定的问题。

（三）1922年8月12日，关于对组织和发展农业生产方法方案的审查是否属于国际劳工组织的职权的问题。

（四）1923年2月7日，关于法国与英国关于法国在突尼斯和摩洛哥(法国区)所颁布的国籍命令及其对于英国人民的实施的争端依照国际法是否纯属国内管辖事项的问题。

（五）1923年7月23日，关于东加累利亚的地位。

（六）1923年9月10日，关于德国割与波兰的领土上的德裔移民的某些问题。

（七）1923年9月15日，关于由实施波兰少数者条约第四条而发生的某些问题。

（八）1923年12月6日，关于划定波捷边界的问题(左霍齐那问题)。

（九）1924年9月4日，关于划定塞尔维亚与阿尔巴尼亚在圣瑙吴姆修道院的边界的问题。

（十）1925年2月21日，关于洛桑专约第二条内“建立”一词应有的意义与范围（希腊和土耳其居民的交换）。

（十一）1925年5月16日，关于但泽港波兰邮政的某些问题。

（十二）1925年11月21日，关于洛桑条约第三条第二款（土耳其与伊拉克之间的边界）的解释。

（十三）1926年7月23日，关于国际劳工组织的职权是否也附带地包括对雇主自己所做工作加以规定的问题。

（十四）1927年12月8日，关于欧洲多瑙河委员会的管辖权。

（十五）1928年3月3日，关于但泽法院对但泽铁路人员的管辖权。

（十六）1928年8月28日，关于1926年12月1日希土协定（最后议定书第四条）的解释。

（十七）1930年7月31日，关于1919年11月27日希腊与保加利亚之间的相互移民专约（希保“社会”）的解释。

（十八）1930年8月26日，关于但泽自由市的特殊法律地位和国际劳工组织会员资格是否相容的问题。

（十九）1931年5月15日，关于进入波属上西里西亚日耳曼少数民族学校问题。

（二十）1931年9月5日，关于德国与奥地利之间的关税制度（1931年3月19日议定书）。

（二十一）1931年10月15日，关于立陶宛与波兰之间的铁路运输。

（二十二）1931年12月11日，关于波兰军舰进入和碇泊但泽港的问题。

（二十三）1932年2月4日，关于在但泽的波兰国民的待遇问题。

（二十四）1932年3月8日，关于1927年12月9日卡芬达里斯—莫洛夫协定的解释。

（二十五）1932年11月15日，关于夜间雇用妇女工作的1919年华盛顿公约的解释。

（二十六）1935年4月6日，关于阿尔巴尼亚的少数者学校。

（二十七）1935年12月4日，关于但泽某些立法法令是否与自由市宪法相符的问题。

（二十八）1948年5月28日，关于一国被接纳为联合国会员的条件(宪章第四条)。

（二十九）1949年4月11日，关于为联合国服务而受损害的赔偿问题。

（三十）1950年3月3日，关于大会接纳一国为联合国会员国的职权问题。

（三十一）1950年3月30日，关于对保、匈、罗和约的解释(第一阶段)。

（三十二）1950年7月11日，关于西南非国际地位问题。

（三十三）1950年7月18日，关于对保、匈、罗和约的解释。

（三十四）1951年5月28日，关于灭种公约的保留问题。

（丙）在法院所发出的命令中可提及以下各项：

（一）1927年1月8日，关于废止1865年11月2日中比条约(临时措施)。

（二）1927年2月15日，关于申请国请求取消1927年1月8日命令中所指示的临时措施。

（三）1929年8月19日，关于上萨瓦自由区及节克斯区（第

一阶段)。

(四) 1930年12月6日,关于上萨瓦自由区及节克斯区(第二阶段)。

(五) 1932年8月3日,关于格陵兰东南地区(驳斥请求指示临时保护措施的主张)。

(六) 1933年7月29日,关于波兰农村改革与日耳曼少数民族(驳斥请求指示临时保护措施的主张)。

(七) 1937年11月6日,关于比利时和西班牙之间的包尔却格雷夫案。

(八) 1939年12月5日,关于比利时与保加利亚之间的案件中的临时保护办法。

(九) 1948年12月17日,关于指派专家考察有关英国与阿尔巴尼亚之间的科孚案件的某些问题。

(十) 1949年11月19日,关于阿尔巴尼亚应付给英国的赔偿的数额。

(十一) 1951年7月15日,关于英伊石油公司案中的临时保护。

## 第七节　和解连同仲裁及司法解决

**第25目——1辛　和解、仲裁和司法解决的结合**　和平解决国际争端条约的体系所根据的理论是:仲裁和司法解决对于解决所谓法律性质的争端(又称为"可裁判的"或"法律性的"或"关于权利的"争端)是适宜的,而对于其余纠纷,即所谓政治性质的争端或利益的冲突,也需要有处理的办法。因此发展了一种缔结和平解决一切争端的广泛文件的趋势。最初是就这两类争端分别订立条

约。[1] 但在以后，一般实践是把两种程序合并在一个文件中，既规定司法解决[2]（及(或)仲裁)，也规定和解。这种复合条约在效力上是很不相同的。有些条约终于规定了对一切争端进行有拘束力的解决，另外一些则将一大类有伸缩性的纠纷排除于有拘束力的解决的范围之外。现在对这两类条约加以研究。

**第 25 目——1 壬 和解作为专门解决“政治性争端”的程序**

现在有一些和解及司法解决（或仲裁）条约，规定对所谓政治性争端适用和解，对所谓法律性争端适用仲裁(及(或)司法解决)。由于提交和解的义务并不含有接受和解机关的报告或断定的义务，这种条约的可能效果是将属于不确定的和有伸缩性的一类的政治性争端而排除于有拘束力的解决的范围之外。这类条约中的第一个重要条约是 1921 年德国与瑞士所订立的条约，该条约规定法律性质的争端应提交仲裁，其他争端则应提交和解。某一争端是否可用仲裁解决的问题，于必要时，应由仲裁决定。[3]

但是，属于这一类的主要条约是那些构成所谓 1925 年 12 月1日“洛迦诺公约”的条约，这个公约包括德国与比利时、法国、捷克斯洛伐克和波兰四国分别订立的“仲裁专约”。每一个专约，除规定将当事国双方之间(未能用普通外交方法解决的)“关于它们各自权利”的争端(通常称为“可裁判的”争端）必须强制提交一个仲裁法庭或国际常设法院外，并规定这种争端可以依据当事国双方协

① 例如，1924 年 6 月 27 日挪威与瑞典订立的和解条约(有几个斯坎的那维亚国家在同日缔结了若干其他和解条约)，这些国家原已受任意条款的拘束。1928 年，美国与一些国家分别缔结了和解条约和仲裁条约，例如 1928 年 5 月 5 日美国与德国的和解条约及同日这两个国家订立的仲裁条约。

② 这些条约现在已经成为国际法院的活动中的一个重要因素。

③ 该条约规定，虽属法律性质但经双方认为影响独立、领土完整或其他最重要的重大利益的争端，应交付和解而不交付仲裁；如果一方认为争端属于这种性质而他方不同意这种主张，这一问题本身应由仲裁解决。

议提交一个事先组织的常设和解委员会,"以期获得和协解决",而其他(未能用普通外交方法解决的)争端必须提交这种委员会。如果和解失败,各当事国之间"关于它们各自权利"的争端应依据特别协议提交国际常设法院或一个仲裁法庭。其他("政治性质的")争端,如和解失败,经任何一方的请求,应提交国际联盟行政院,按照盟约第十五条予以处理。①

**第25目——1癸　和解作为对一切争端的有拘束力解决的初步办法**　现在有若干条约,其中关于和解办法的规定并不排除作为最后手段将任何争端提交有拘束力的解决。这些条约的共同特征是:和解程序所不能解决的争端必须提交仲裁或司法解决,最后作出有拘束力的裁决或判决。这些条约在细节上是彼此不同的——尤其关于实行和解及仲裁(或司法解决)的次序——而且作有拘束力裁判的机构对和解所未能解决的争端作出的判决的根据也是彼此不同的。这些条约可以分为三大类:

(一)若干条约规定对于一切争端首先进行和解。如果和解不能产生双方都能接受的解决,争端应即提交有拘束力的裁判。这种条约之中有一些——如1924年9月20日意大利与瑞士之间的那个重要条约——是将这种最后裁判的职能交给国际法院。这个以及类似的条约给予国际法院在该法院认为争端不属于法律性质时依据"公允及善良"原则对这类争端予以判决的极广泛权力。②其他条约将一切争端提交和解程序;如果和解委员会的报告未为

① 德国在1938年对捷克斯洛伐克和在1939年对波兰都违反这些条约的义务。这些条约现在只有历史的重要性。在此之前,德国于1936年3月7日废弃了"洛迦诺莱茵公约",其借口为:由于1935年5月2日法苏互助条约缔结的结果,法国已经违反了该公约。

② 1926年8月7日意大利与西班牙、1926年4月20日西班牙与瑞士、1925年9月21日瑞士与希腊曾经缔结类似的条约。

各当事国所接受，则继之以仲裁。① 还有另外一些条约规定对于一切争端进行初步和解，于必要时，再对非法律性质的争端进行仲裁；法律性质的争端由国际法院判决。1948 年 3 月 17 日英国、法国、荷兰、比利时和卢森堡订立的布鲁塞尔条约规定，各缔约国负有义务将在国际法院规约第三十六条第二项的范围以外的一切争端提交和解。这可能意味着，实行和解程序的义务适用于那些虽属规约第三十六条第二项范围之内，但因某种保留而没有包括在有提交司法解决的有效义务之内的争端。该条约第八条有一项有趣的规定，即：遇到兼有适合和解的问题和要司法解决的问题的混合性质的争端时，争端各当事国有权坚持司法解决应在和解之先。

（二）另外一类条约，虽然没有规定法律性质的争端② 有提交和解的义务，但规定非法律性质的争端则有提交和解的义务。如果和解不能取得解决，争端就必须提交仲裁法庭依据“公允及善良”原则作有拘束力的判决。这显然是一种非常广泛的义务，它事实上授予了仲裁法庭以立法权力，但这种解决方法似乎是符合原则的。③ 既然只有所谓政治性质的争端——即依照假定的前提为不能依照法律规则解决的争端——应提交仲裁程序，那么，判决的唯

① 应予注意的是，这个以及类似的条约完全取消了法律性质和政治性质的争端之间的传统区别。

② 但是，在进行司法诉讼之前，可以经当事国共同协议，采用这种程序。在大多数对于“法律性质的”争端没有规定强制和解的条约中，都有措词相同的关于任意和解的规定。

③ 关于用一般条约（以别于用特别条约）给予国际法院或仲裁法庭以法律规则之外的根据作出判决的权力是否充分的问题，在这里不预备表示意见。这种协定——如果它们的含义能实现的话——表示了一种坚决的愿望，不仅要用和平方法解决关于现有权利的争端，而且要用和平方法解决改变现行法律的要求。它们给予了司法或仲裁机构以各国一向不愿给予一般性国际组织的机关的那种立法权力。这种给予法院或仲裁机构以这些广泛权力的一般协定也可能会遭到反对，认为它们有消除立法与司法职能之间的界线的倾向。

一根据显然只能是非法律的。斯坎的那维亚各国及其他国家缔结的某些条约是不这样符合原则的；它们规定“政治性质的”争端如果未能以和解解决，就必须提交一个并不掌有依据“公允及善良”原则作出裁决的权力的仲裁法庭去裁决。① 这种紊乱情形也构成了 1928 年和平解决国际争端公约的主要特征。

（三） 1928 年和平解决国际争端公约现在对二十个以上的国家——包括英国、英自治领和法国——有拘束力。② 它是起源于裁军会议预备委员会在 1927 年11月所设立的仲裁安全委员会的。③ 当时认为裁军会议的成功在很大程度上有赖于接受对一切种类的争端采取有拘束力的和平解决的义务。但是，同时，公约的制订人仍然受到法律性质与政治性质争端的传统区别及其所依据的假定——即：对于某些种类的争端依其性质本来不适于承担由国际机构作有拘束力的解决的义务——的影响。当时除了这种坚持采用公认的名词之外，还希望对于“不可裁判的”争端的有拘束力的解决作出规定，但在作这种希望的同时却又有一种决心不对负有解决“政治性质的”争端的任务的仲裁机构授权改变现有的依据国际法的权利。其结果是产生了一个既矛盾重重而又相当缺乏现实性

---

① 例如 1927 年 2 月 5 日比利时与瑞士和 1927 年 2 月 3 日芬兰与挪威之间的条约。

② 有重要的保留。

③ 该委员会对于仲裁和“安全”（这一个词语已几乎成为一个术语；也许很可以把它解释为一种以共同国际行动来执行对从事战争的权利的现有限制的义务体系）的各个方面进行了详细讨论并提出了若干备忘录。第二届会议提出了关于仲裁与安全（霍耳斯梯所草拟）、安全的法律要素（波里蒂斯所草拟）和关于国际联盟盟约第十条、第十一条和第十六条的解释（腊特格斯所草拟）的报告。该委员会的第三届会议除草拟和平解决国际争端公约外，又提出了三个关于和解、仲裁及司法解决的示范性双边专约和三个关于互助及不侵犯的示范性条约。这些约文都经 1929 年第九届大会通过。

的国际文件。①

这个公约包括三章，分别规定和解、司法解决和仲裁。② 第一章(和解)规定将一切不能以外交方法解决的争端提交和解（第一条)。但是这项规定必须参照第二十条来看；第二十条规定，对于各当事国的各自权利发生冲突的争端(法律性质的争端)，只有在双方同意时，才适用和解。这一章有关于和解委员会的指派（和解委员会经一方的请求可以成为常设的）、关于争端之提交和解委员会、关于和解委员会的程序的一般要点、以及和解委员会的职务——即："阐明争执中的问题，为此目的而用调查或其他方法以搜集必要的情报，并努力使各当事国达成协议"(第十五条)——的详细规定。委员会"在研究案件后，得将其认为适当的解决条件通知各当事国，并规定各当事国作出其决定的期限"(同条)。第二章(司法解决)适用于当事国的各自权利发生冲突的争端。这些争端必须提交国际常设法院，或在各当事国同意时，提交一个仲裁法庭。第三章(仲裁)企图解决不属于第二章范围之内而为和解所未能解决的争端的问题。这种争端可以依据当事国双方的特别协议，或在不能达成协议时，依据当事国一方的单方请求，提交一个仲裁法庭。解决关于权利的争端以外的其他争端应适用哪些规则的关键问题，在第二十八条中予以答复，该条规定："如果特别协定没有规定，或者如果没有订立特别协定，法庭对于争端的实质应适用国际常设法院规约第三十八条所列举的规则。在对于争端没有可以适用的规则的情形下，法院应依'公允及善良'原则予以判决。" 这一

① 和平解决国际争端公约经 1928 年 9 月 26 日大会决议通过，该决议邀请国际联盟会员国加入该公约及其他示范性条约。公约于有两个国家加入时立即生效。英国批准书在 1931 年 5 月 21 日交存。

② 按照第三十八条，各国得加入整个公约，或仅加入第一章和第二章，或仅加入第一章。大多数签字国加入了公约的全部。

重要规定遭到了很多批评，批评的理由是：与法律权利无关的争端是不可能根据规约第三十八条所列举的法律规则来判决的。①

该公约采用了两项值得注意的新办法。第一，公约第三十九条规定，参加公约的国家除得对公约中所列举的各种类别提出保留外，不得作其他保留。这项规定排除了如关于国家荣誉或独立这些不确定的保留，但除此之外在排除广泛保留的方面则并不是很有效的。② 其次，公约各缔约国同意受仲裁或司法诉讼中所指示的临时措施的拘束（第三十三条）。③

---

① 由于所谓对一个案件没有国际法规则可以适用是什么意思并不清楚，因而授权依"公允及善良"原则进行判决不能认为是有什么好处的。

和平解决国际争端公约的起草人对于第三章所规定的仲裁职能似乎拿不定主意。他们似乎赋予仲裁法庭以适用国际法和制订法律的权力。这种关于仲裁的职能的概念可能是一种科学上不精确的意见的结果，即认为仲裁可以是一种一部分是司法的一部分非司法的程序，同时也是一种错误的历史见解的结果，即认为仲裁在过去确曾是这样的一种混合职能。既然对于每一个要求的司法裁判都有国际法规则可循（据信这是正确的见解），那么，第二十八条关于争端所可以适用的规则的性质的那句话可能是指：仲裁人有权以由于当事国一方承认它不是以法律为根据的，或法律判决将在政治上成为不能满意的，因而这些规则不能适用为理由不适用这些规则。其结果是：虽然有些人认为第二十八条授予仲裁法庭以改变现行法律的权力，但另一些人却把这一条看作一种充分证实现有法律情况的工具。规定适当的办法来处理由于要求改变现行国际法而发生的冲突的问题是太困难了，不是用文字公式所能解决的。

② 英国对于和平解决国际争端公约所附的保留包括了对任意条款所附的一切保留，并且加上了若干属于程序性质的其他保留，以便于将争端交付公约所规定的机构之一以前向国际联盟行政院提出。

1939年2月，英国在将它对于该公约的签字从1939年8月16日起展期五年时，又增加了一项保留：它对公约的参加不适用于英国将来可能被卷入的战争中发生的事件所引起的争端。英国宣称，这项保留也适用于和解程序。法国也作了完全相同的声明。1948年，联合国大会在第二六八号（三）决议中，对公约的一些不重要的细节作了修正。按照修正后的第四十三条，联合国各会员国和成为国际法院规约当事国或经大会准许加入该规约的非联合国会员国，都可以签署该公约。

③ 见第25目——1己。

## 第八节 联合国与争端的解决

**第25目——2 联合国宪章与国际联盟盟约** 在以集体行动解决争端这个问题上，国际联盟盟约标志了一个重要的进展。它接受了国际联盟有权利和义务协助各当事国——并且，更一般地说，采取行动——解决争端这一原则，以代替海牙公约中关于调停和斡旋的那些不确定的和大部分徒有其名的规定。① 国际联盟会员国承允，在将它们的争端提交盟约所规定的程序以前，不诉诸战争。它们接受遵行行政院或大会的建议的义务，不对接受这些机关所作建议的对方发动战争。联合国宪章在这方面表现得更进了一步。宪章有详细的规定，确立联合国——尤其是安全理事会——在解决争端方面的广泛职权和联合国会员国的相应义务。鉴于按照宪章联合国会员国不仅放弃了诉诸战争和次于战争的武力措施的权利，并且也放弃了以战争相威胁和以次于战争的行动相威胁的权利，这些规定是具有特殊的重要性的。诚然，象盟约的规定一样，联合国的权威通常不超出建议权的范围，而这种建议在法律上是沒有拘束力的。但是，这只是"通常"的情形而已。遇有严重的紧急情况——其性质将在下文说明②——直接影响世界和平时，安全理事会的建议的单纯政治分量和这种建议的法律拘束力之间的分界线是如此有伸缩性的，以致争端各当事国如果将建议置之不理，就要自冒危险。而且，安全理事会以强制行动实现其决议的权力是宪章所明白承认和规定的，这是和盟约的规定有所不同的。③ 固然

① 见第10目。
② 见第25目——5(丁)，附注。
③ 见第52目——4及以下各目。

这些权力的运用有赖于安全理事会常任理事国的全体一致的同意，而正如经验所表明的，在最迫切需要满足这个条件的情势下，这个条件却可能难于实现。但是，必须记住，一般说来，按照国际联盟盟约的规定，行政院或大会的行动的完全法律效力是以行政院或大会所有成员国的全体一致（有时将争端当事国除外）而不仅以有限数目的国家的全体一致为条件。

宪章在这方面所获得的进展，由于过分详尽和因而发生有关条文的互相矛盾与意义不明，而多少减色了。但在这些缺点之中，有些在实践中是可以正当地置之不问的，并且也确曾时常被置之不问。① 它们不致妨碍联合国有效执行其职能，特别是不致妨碍宪章规定负有维持世界和平的主要责任的安全理事会有效执行其职能。其他缺点，例如要求安全理事会常任理事国全体一致，如果联合国要成为国际和平的有效工具，就必须予以消除。但是，在联合国活动的初期中，安全理事会完成这种职能所遇到的主要困难是属于政治性质的。这些问题的分析不在本书范围之内。

**第25目——3　适用和平解决程序的争端的性质**　在国际联盟盟约之下，行政院的管辖权一般地是限于可能导致决裂的争端。同样地，在宪章之下，联合国解决争端的职权在许多方面也是限于性质严重的争端，即可能扰乱和平的争端。在盟约之下，这种对国际联盟的管辖权的限制是以国际联盟会员国并未确定地放弃从事战争或次于战争的行为的权利为根据的。因此，在盟约之下，还有以法律权利为根据而扰乱和平的可能性。联合国会员国则没有这种权利。② 所以，除非我们不问字句的文字意义，③ 则除了假

① 关于宪章第六章对涉及国际和平与安全的争端和其他争端的区别，见第25目——3。

② 见第52目——1。

③ 采用这种字面上的解释并无绝对的必要。例如，如果一个大国用经济压迫或

定一个联合国会员国故意违反它的宪章义务而使用武力外，似乎不会有国际和平与安全受威胁的情形。但是，依据宪章第三十三条，联合国会员国只对于“足以危及国际和平与安全之维持”的争端负有用该条所列举的各种和平方法求得解决的义务。只是这种争端，各会员国在它们先前的解决尝试已经证实失败后，才依据第三十七条有义务提交安全理事会。并且，依据同一条的规定，安全理事会只在它认为争端的继续存在在事实上足以危及国际和平与安全的维持时，才能提出关于解决的程序或条件的建议。同样，第三十四条一般地并且有些重复地规定：安全理事会“得调查任何争端或可能引起国际摩擦或惹起争端之任何情势，以断定该项争端或情势之继续存在是否足以危及国际和平与安全之维持。”最后，依据第三十六条，安全理事会只能对这种性质的争端建议解决的程序。

这些限制性的规定在事实上并没有限制安全理事会讨论并由它自己或它所任命的委员会调查任何争端或情势的权力。因为这种讨论和调查对于断定情势或争端的严重性是否已达到规定的程度可能是必要的。而且，第三十五条规定，联合国任何会员国“得将属于第三十四条所指之性质之任何争端或情势（即足以危及国际和平与安全之维持的情势），提请安全理事会或大会注意”。关于第三十五条，可以注意的是：（甲）上述条件仅适用于“情势”而不适用于争端；（乙）提请安全理事会“注意”一项争端，实际上在各方面是和向安全理事会提出一项争端没有区别的；（丙）争端当事国一方或任何其他国家都可以提请安全理事会注意；（丁）正如经验所表

---

类似方法强使一个小国接受一种解决办法，国际和平与安全就可以说是受到了威胁。即使由于力量显然悬殊，被侵害国不能从事战争，因而不致直接危及国际和平，但是，对国际法的粗暴或继续不断的破坏终久将会威胁国际和平与安全。

明的，安全理事会依据该条作成建议的权力显然是沒有限制的。[①]

因此，宪章第六章似乎规定有两种平行而不易调和的程序。依据第三十三条和第三十七条，各国在履行将争端提交安全理事会的义务之前，必须先用尽各种和平解决方法；依据第三十五条，各国可以在任何时候将争端提交安全理事会。依据第三十三条和第三十七条，安全理事会只对影响世界和平的严重争端具有职权；依据第三十五条，它有权受理向它提出的任何争端。鉴于这种情形，安全理事会在其存在的最初五年中从来沒有以向它提交的事项不构成对国际和平与安全的危险为理由而拒绝受理，这就不足为奇了。希望安全理事会不要因解决许多琐细争端而担负过重，可能是有些理由的——虽然发生这种情形的危险幷不是象初看那样实际的。另一方面，宪章第三十三条所规定的把联合国会员国的义务限于只将严重争端提交和平解决的程序，却遭到强有力的反对。虽然每一项争端本身幷不构成对和平的威胁，但是，许多这样争端累积在一起，特别是如果再加上各国拒绝给予对方以司法解决的利益，就可能成为国际摩擦和紧张的根源。这一事实揭示了宪章起草者拒绝规定把国际法院按照其规约所能判决的一切争端都提交强制司法解决的义务所潜伏的危险。[②]

必须注意的是，在这方面，大会的职权所受的限制甚至比安全理事会还要少一些。因为大会除依据其他条款[③]外，还可以依据第十条讨论宪章范围內的“任何问题或事项”幷向联合国会员国或安全理事会提出关于这类事项的建议。

① 第三十六条第一项规定，“属于第三十三条所指之性质之争端〔即严重争端〕或相似之情势，安全理事会在任何阶段，得建议适当程序或调整方法。”这一项幷不禁止依据第三十五条提出实质的建议。

② 见第25目——7乙。

③ 见第25目——6。

**第25目——4 提交联合国以前的和平解决** 对联合国会员国课以义务，必须在把争端提交联合国以前先用其他方法试图解决，这就有助于达到防止将过多争端提交联合国的目标。因此，宪章第三十三条规定："任何争端之当事国，于争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时，应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用、或各该国自行选择之其他和平方法，求得解决。"在沒有明确的义务必须把适当的案件交付有拘束力的司法解决的情形下，宪章这一条规定虽然对会员国课以必须寻求和平解决的积极义务，但势必多少成为具文。①例如，进行了无结果的谈判，不管是多么短促的，就算遵守了这一条。这一条按照其现在的形式，在宪章所规定的和平解决的方案中，似乎不能发生显著的作用。实际情形是倾向于证实这种估计的。安全理事会通常是不经调查就接受将争端提交理事会的国家所称解决的努力已证明为无效的说法。在这些方法中，当事国所采取的任何一种方法的失败，并不因此终止它们的义务。因为，第三十七条明文规定："属于第三十三条所指之性质之争端（即足以危及国际和平与安全之维持的争端），当事国如未能依该条所示方法解决时，应将该项争端提交安全理事会。"但是，如上面所提及的，这些限制性规定的目的在某种程度上被下述情况所破坏，即：争端各当事国也可以依据第三十五条将争端提交安全理事会或大会；按照该条，联合国任何会员国（这大概包括争端的任何当事国）都可以将任何争端提请安全理事会或大会注意。如上文所指出，将一

① 这是和巴黎非战公约不同的；依照巴黎公约，各缔约国议定，它们的争端"只可用和平的方法"解决（见第52目——3）。显然，尽管偶有相反的意见（例如1946年和1947年巴西代表关于联合王国和阿尔巴尼亚向安全理事会提出的争端所发表的意见），但是，各当事国并没有在将争端提交安全理事会以前必须用尽或采取其他解决方法的有效义务。

项争端"提交"安全理事会和提请安全理事会注意之间大概是沒有什么不同的。有人可能爭辩说，在爭端当事国一方依据第三十五条将爭端提请安全理事会注意以前，它有义务采取第三十三条所规定的某种和平解决方法。但是第三十五条并沒有这样规定。①

**第25目——5　安全理事会与争端的解决**　在解决爭端方面，大会具有重要的——虽然是有限的——地位，但是，安全理事会则是联合国解决任何国家之间所发生的爭端的主要工具。安全理事会关于这种事项的权力大致可以分为四类：(甲)调查；(乙)和解与调停；(丙)就解决程序或条件提出建议；(丁)解决条件的规定与执行。必须记住，安全理事会关于解决爭端的权力虽然是在宪章第六章中(第三十三条至第三十八条)规定的，但是除此之外，它还有第二十四条所给予的极广泛权力可以利用，该条前两项规定如下：

> 一、为保证联合国行动迅速有效起见，各会员国将维持国际和平及安全之主要责任，授予安全理事会，并同意安全理事会于履行此项责任下之职务时，即系代表各会员国。
>
> 二、安全理事会于履行此项职务时，应遵照联合国之宗旨及原则。为履行此项职务而授予安全理事会之特定权力，于宪章第六章、第七章、第八章及第十二章内规定之。

这样给予安全理事会的权力可以正当地用以——并且曾经被用以——调和宪章第六章中的矛盾，无视其中的赘语和弥补它的缺陷。

**(甲)调查**　上面已经提及，安全理事会依据第三十三条可以自动调查任何爭端或情势，以断定它的继续存在是否足以危及国际和平与安全的维持。只有在这种情形下，安全理事会才能合法地

① 而且，很难了解为什么一国在沒有尝试其他解决办法以前可以将争端向大会提出(但不能向安全理事会提出)。

行使它对于情势的管辖权。依据第三十五条，对于“争端”似乎沒有这种限制。这种调查的权力，即使只是为了断定争端或情势的继续存在是否足以危及国际和平与安全的维持，也使安全理事会能对整个争端进行调查和讨论。因此，对于任何争端至少都可以加以讨论，而不得以并不足以危及国际和平为理由而加以阻止。如果有疑问，安全理事会可以将一项争端“暂时”列入议程。它曾经有时这样做过。一项争端最后列入议程和暂时列入议程之间的区别必然是不明确的。

调查的权力并不限于第三十四条所列举的目的。它可以在行使第三十六条所规定的提出建议的权利时行使，或在有权断定需要采取宪章第七章所规定的执行行动的情势的存在时行使。[①]它的行使可以是与第三十三条第二项有关——该条规定：安全理事会认为必要时应促请各当事国以该条所列举的各种方法解决它们的争端——或者是与第三十七条有关（在各当事国未能以宪章所列举的各种方法之一解决争端之后）。安全理事会根据它的进行调查的权力和职责可以设立调查委员会。依据第二十五条，任何这种决议对争端各当事国都是有拘束力的，该条规定，联合国会员国同意接受并执行安全理事会的决议，而且该条是在宪章第六章的已极广泛的规定之外规定了权力和管辖权的丰富源泉。这就是说，争端各当事国以及联合国其他会员国对安全理事会这样设立的调查机构必须给予一切支持。安全理事会曾经一再利用这种权力，指派调查委员会，以使安全理事会的工作更易于处理和收效。例如，1946 年 12 月，它决议设立一个关于希腊边境事件的调查委员会。这个由安全理事会的十一个理事国组成的委员会，[②]是依据第三

① 见第 52 目——5。

② 安全理事会的每一个理事国均由一个代表团来代表它，代表团由代表团长一人及顾问和助理人员若干人组成。

十四条设立的，其目的是查明据说在希腊与阿尔巴尼亚、保加利亚和南斯拉夫等国沿境有侵犯疆界的事件。

安全理事会依据第三十四条所具有的权力是不以争端的某一特殊阶段为限的。它甚至可以在各当事国试行或完成第三十五条所列举的解决方法之前行使这种权力。而且，鉴于它有调查可能引起国际摩擦或惹起争端的任何情势之权，它甚至可以在争端发生前下令调查。

（乙）**和解与调停** 虽然除在第二十四条①关于安全理事会的职能的一般规定之中以外，宪章对于和解与调停并没有明文加以说明，但是安全理事会可以在争端各当事国之间充当和解人或调停人。安全理事会可以自己做这种工作，也可以用更方便的办法，指派个人或委员会为调停人或和解人。它曾经多次这样做过。在处理印度尼西亚的情势时，它曾经设立一个斡旋委员会；② 1948年，对于巴勒斯坦问题，它曾经指派一个调停人——后来又指派一个和解委员会；对于印度与巴基斯坦之间的克什米尔争端，它曾经设立一个调查与调停委员会。③

（丙）**关于解决方法的建议** 宪章将关于解决程序的建议和关于解决实质条件的建议加以区别。但是，就这两种建议能在什么阶段上提出而言，这种区别可能并没有什么实际后果。关于解决方

① 见上卷，第168目——10。

② 该委员会设立于1947年，由澳大利亚（印度尼西亚提名）、比利时（荷兰提名）和美国（由澳大利亚和比利时推选）组成。

③ 这个机构是1948年作为安全理事会的一个委员会而设立的，由联合国三个会员国的代表组成，其中一人由印度推选，一人由巴基斯坦推选，第三人由这两个被选出来的人推选。委员会被赋予了两重任务："（一）依照宪章第三十四条的规定调查事实；（二）在不妨碍安全理事会工作的情形下，运用任何足以消除困难的调停的影响，执行安全理事会所给予的指示，并报告安全理事会的建议和指示——如果有的话——的执行情形"。

法的建议并不必一定要在关于解决的条件的建议之前提出。第三十六条规定，安全理事会对于足以危及国际和平与安全的维持的爭端或情势，得在任何阶段提出关于解决程序或方法的建议。该问题是由各当事国依据第三十三条提出，还是由其他国家依据第三十五条提出，是沒有关系的。依据第三十七条，如果各当事国未能解决那种性质的爭端，它们必须将该爭端提交安全理事会，而安全理事会应即决定是否应建议解决的程序或解决的条件。① 但是，虽然宪章沒有明文规定——这显然是由于疏忽的结果——然而安全理事会在依据第三十五条受理爭端或情势后(即在"联合国任何会员国"将足以危及国际和平与安全的维持的爭端或情势提请其注意，或在一个非会员国将任何种类爭端提交安全理事会后)可以提出关于解决的程序或解决的条件的建议。提交安全理事会的案件大多数是，而且将来也会是，依据第三十五条提出的。安全理事会依据这一条提出实质的建议的权力，是由于它作为对维持世界和平负有主要责任的机构的一般权力而来的。

安全理事会在依据宪章第六章而采取行动时，主要是执行调停、斡旋与和解的职能。在这样行动时，它可以作出一些与行使自己的职能有关的有拘束力的决议，如设立调查委员会和类似的机构，但是它的建议——不论是关于解决程序和方法的建议还是关于解决条件的建议——都是沒有拘束力的。它们是建议。这是从宪章的文字的自然意义、从宪章这一部分的起草的历史并从整个宪章的结构所得来的同样有力的结论。② 只要安全理事会认为不宜

① 第三十七条规定这种行动——即关于解决程序或条件的建议——是以安全理事会断定"该项争端之继续存在，在事实上足以危及国际和平与安全"为条件的。但是这似乎是一项不必要的重复。第三十三条已经认为这个条件是必要的。

② 在国际法院处理阿尔巴尼亚对科孚海峡案的初步反对意见的程序中，英国方面认为，安全理事会建议争端当事国双方将本案立即提交国际法院的决议是对双方有

下令实行第七章所规定的强制措施——而且只有在这种情形下——，它关于解决程序和实质所作的声明是具有建议的道义和政治力量的，但也只能有这样的力量。当安全理事会依据第七章而采取行动时，情形就不同了。

大会或安全理事会对各当事国提出的要求——例如当这两个机构之中任何一个机构“要求”各当事国作或不作某种行为时——可能是属于建议一类的。例如，在1947年11月通过的决议中，大会要求阿尔巴尼亚、保加利亚和南斯拉夫不作任何事情去援助和协助与希腊政府作战的游击队；该决议要求这些国家与希腊合作，以和平方法解决它们之间的争端；该决议并设立一个特别委员会，去观察这些政府是否遵守“上述建议”。在1948年关于同一问题所作的决议中，大会在认为“阿尔巴尼亚、保加利亚和南斯拉夫对希腊游击队继续给予的援助危及巴尔干的和平并与联合国的宗旨不合”——这一声明已接近于断定对和平的威胁（宪章是将这种职能交给安全理事会的）——之后，要求这些国家对与希腊政府作战的游击队“此后停止给予任何方式的任何协助或支持”，并向这些政府建议各种步骤，如恢复外交关系和续订解决边界问题的专约。关于印度尼西亚，安全理事会在1948年12月24日的决议中，要求当事国双方——荷兰政府和印度尼西亚政府——立即停止敌对行为，并要求荷兰政府释放被逮捕的印度尼西亚总统和政治犯。① 安全理事会在1949年1月28日的决议中，以更断然的态度，特别要

拘束力的。七个法官重视这一点，因而在他们的个别意见中声明他们不同意这种意见。整个法院则认为对这个问题没有发表意见的必要。

① 以前，安全理事会曾于1947年8月通过一项决议；在这项决议中，安全理事会考虑到在印度尼西亚共和国领土上正在进行着军事行动的事实，要求荷兰和印度尼西亚共和国政府“严格遵守”安全理事会以前在1947年8月提出的建议，而在这项建议中，安全理事会曾要求各当事国立即停止敌对行为并以仲裁或其他和平方法解决它们的争端。

求荷兰政府保证立即停止一切军事行动和立即并无条件地释放一切政治犯，并要求印度尼西亚政府命令它的部属停止游击战。此外，它还提出了若干建议。除第三十三条规定安全理事会在认为必要时应促请各当事国以该条所列举的各种方法解决它们的争端外，宪章中并没有明文授权大会或安全理事会——除第七章规定的"执行行动"所设想的情形外——断然要求各当事国采取或不采取某一种行动。但是，在第六章和第七章的规定之外，宪章还对于大会和安全理事会规定了广泛的权力，使这两个机构能够要求各当事国从事或放弃某一特定的行动。

（丁）**解决条件的规定与执行**　关于安全理事会依据第七章——即在安全理事会按照第三十九条断定有威胁和平、破坏和平或侵略行为的情形下——所具有的权力，将在其他地方涉及联合国的强制解决时予以详细讨论。① 但是，安全理事会即使在作出上述性质的断定之后② 仍然可以用建议方式进行工作。这可能只是重复依据第六章所作的建议。即使在这个阶段，建议还是没有拘束力的。但是安全理事会可以更进一步。它可以将一个以前的——或一个新的——程序性或实质的建议的内容包括在它依据第三十九条所可以作出的决议之内。在这种情形下，建议可能是既有拘束力

---

① 见第 52 目——5 及以下各目。

② 虽然在通常情形下宪章设想解决争端分若干阶段——即：用当事国所选择的方法来解决（第三十三条第一项），安全理事会提出关于解决方法或程序的建议、解决条件的建议（第三十七条第二项），和依据第三十九条采取行动（在断定有威胁和平、破坏和平、或侵略行为的情况后）——但是，情形并不总是如此。例如，依据第三十六条第一项，安全理事会在"任何阶段"得建议程序或方法。依据第三十七条——即在各当事国未能依据第三十三条自行选择方法解决争端之后——安全理事会得建议解决方法或条件。最后，如 1950 年南朝鲜受到入侵后所表明的，安全理事会可以依据第七章立即来采取强制行动。同样地，尽管有第三十三条和第三十七条的规定，安全理事会仍然可以在第三十三条所规定的程序之一正在进行之际，依据第三十四条采取行动，对争端进行调查。

又可以强制执行的。① 这种权力的使用——虽然在极端情形下可能是必要的——并不是解决争端的方案之中分配给安全理事会的任务的典型做法。这个任务是运用国际和平与安全的最高机关的政治和道义力量，以谋取严重的争端和情势的公正与和平的解决。

**第25目——6　大会的职能**　设立安全理事会的意图是使它成为联合国解决争端的主要机关，但大会对于解决争端也有广泛的权限。依据第三十五条，大会对于会员国或非会员国向大会提出的争端或可能导致国际摩擦或惹起争端的情势，有与安全理事会同样大小的管辖权。宪章第十二条对大会的管辖权所规定的唯一限制是，当安全理事会对于任何争端或情势正在执行宪章所授予的职能时，大会除经安全理事会请求外，对于该项争端或情势不应提出任何建议。在某种意义上，大会的管辖是更广泛的，因为它不受宪章第六章关于争端对国际和平的严重性的限制。因此，按照第

① 法律上有可能并且允许重复规定这种解决的条件，是宪章第六章和第七章关于和平解决的方案的本质。这个方案设想可以提出一系列内容虽然可能相同但分量很有差别的建议。它们一个比一个具有更高的政治权威。依据第三十七条第二项或其他条款（见第52目——5）提出的关于解决的条件的建议——因为大会和安全理事会都能依据宪章其他各条建议解决的条件——是没有拘束力的。依据第三十九条提出的相同的解决条件的建议同样是没有拘束力的。但是，这是一种较有强迫性的建议。因为它是在安全理事会断定有“和平之威胁”之后提出的。它是依据宪章中关于“执行行动”的规定提出的。各当事国在法律上仍有置之不理的自由，但是这样是自冒危险的。它们所冒的危险是，该建议可以被包括在一项有拘束力的而且按照第三十九条第二部分的规定是可以执行的决议之内。必须参照宪章的这种解释来理解1948年美国代表在安全理事会中关于执行大会对巴勒斯坦事项的决议所发表的意见；他的意见是：“联合国宪章并未授权安全理事会执行一种政治解决办法，不论它是依照大会的建议的还是依照安全理事会自己的建议的”。美国为支持这种主张而提出的理由之一是：如果接受相反的意见，“安全理事会就差不多将具有世界政府的特征。”在安全理事会无权依照它自己的建议或大会的建议来执行政治解决办法这一意义上，前一说法可能是正确的。但是，安全理事会有权把这种建议的内容当作它在断定有和平的威胁、和平的破坏或侵略行为的存在后为着维持国际和平与安全而作出的决议的一部而加以执行。

十一条第二项，大会得讨论联合国任何会员国向大会提出的关于维持国际和平与安全的任何问题。大会在上述第十二条的限制下，得向有关的一国或多国，或向安全理事会，提出关于任何这种问题的建议。宪章第十条的规定甚至还要广泛些。该条规定，大会得讨论宪章范围内任何问题或事项，并且——仍在第十二条的限制下——得向联合国会员国或安全理事会或向两者提出对任何这种问题或事项的建议。对于这一切，大会象安全理事会一样，有权进行调查并为此目的而设立常设的或临时的机构。这种职权本来是在讨论与建议权之内的。

可以注意的是，大会象安全理事会一样，① 在依据第三十五条采取行动时，得提出关于解决的方法和条件的建议。在曾向大会提出的较重要的案件中，可以提到：印度与南非间关于南非印度人的待遇问题；朝鲜独立问题；联合国会员国与西班牙的关系问题；威胁希腊的独立与领土完整问题。

**第25目——7 争端和情势** 宪章不仅将各国之间的争端，并且也将影响国际和平的情势置于联合国管辖之下。就联合国的管辖权而言，争端和情势之间的区别大概是没有多大重要性的。例如，安全理事会依据第三十四条有权调查任何争端，以断定它的继续存在是否足以危及国际和平与安全的维持，而同时安全理事会又被授权，对于任何情势，只要它可能引起国际摩擦或惹起争端，也可以为上述目的而进行调查。在这一方面，争端和情势的区别——这种区别的意义是不易领会的——并没有什么实际的后果。第三十五条可能也是如此；该条似乎规定，联合国任何会员国

① 从表面上看，鉴于第三十六条的措词，安全理事会在依据第三十五条采取行动时，似乎只可以对解决方法或程序提出建议。但是关于这一点，宪章并无明文规定。在安全理事会的实践中，也没有在这个问题上对第三十五条所规定的权力作限制性解释的倾向。

得将任何争端提交安全理事会或大会，而它也可以将任何情势向这些机构提出，但必须这种情势可能危及国际和平与安全的维持。对于后一问题的答案，只有这些机构在详细审查情势后才能加以决定。安全理事会或大会大概不会在进行这种审查后以情势不足以引起争端或危及国际和平与安全的维持为理由而拒绝进行处理。

虽然争端与情势的区别在实际上可能没有什么重要性；但是，不仅可以向联合国提出争端，而且可以向它提出不涉及两个或两个以上当事国之间实际争端的情势，这点是有重要意义的。这就强调了联合国维持世界和平的一般责任。很可能，在这个项目下，联合国是可以过问象国际联盟盟约第十九条所设想的情势的；该条规定，"大会可随时请国联会员国重新考虑已经不适用之条约以及长此以往将危及世界和平之国际局势。[①] 宪章没有与此相当的规定，这是这个文件的一个缺点。宪章第三十五条——以及第十条和第十一条关于大会职权的规定——可以认为在某种程度上弥补了这个漏洞。依据第十一条，非会员国也有权向大会提出有关国际和平与安全的维持的任何问题。这可能包括"情势"在内。但是，依据第三十五条第二项，如果没有明显的理由，非会员国是不能将"情势"提交大会或安全理事会的。非会员国所能提交给这些机构的，只限于"争端"。

**第25目——7甲　谁能向联合国提出争端或情势**　关于谁是有权将争端或情势向安全理事会或大会提出的当事国或机构的问题，宪章的规定是非常广泛的。例如，就安全理事会而言，得向它提出争端或情势的有：(甲)争端的任何当事国；(乙)联合国任何其他会员国；(丙)任何非联合国会员国的国家，但以它就该争端

① 见上卷，第167目——15。

预先①接受宪章所规定的和平解决的义务为条件。②这些义务特别包括不诉诸战争或其他武力措施或武力威胁的义务。可以提出“情势”的是：（甲）联合国任何会员国向大会或安全理事会提出；（乙）非会员国向大会提出；（丙）秘书长按照第九十九条将其认为可能威胁国际和平与安全的任何事件提请安全理事会注意；（丁）大会向安全理事会提出。第十一条特别规定，大会应将任何有关维持国际和平与安全并需要采取行动的问题提交安全理事会。

争端或情势可以由联合国任何会员国——不论是否为争端当事国——向大会提出；可以由非会员国依照向安全理事会提出时所应遵守的同样条件向大会提出；也可以由安全理事会向大会提出。例如，在安全理事会不能就希腊问题达成任何决议之后，③这个问题于 1947 年从安全理事会议程中正式取消，秘书长被指示将一切文件和记录送交大会处理。大会随即讨论了这个问题，通过了一个决议，并设立了联合国巴尔干特别委员会。

**第 25 目——7 乙　宪章方案内的司法解决**　宪章规定，安全理事会在作出关于解决程序的建议时，应“注意凡具有法律性质之争端，在原则上，理应由当事国依国际法院规约之规定提交国际法院”（第三十六条第三项）。安全理事会在英国与阿尔巴尼亚之间

① 这可能包括以前的敌国在内。

② 例如，1948 年 8 月，当海得拉巴政府依据第三十五条第二项将海得拉巴与印度之间发生的争端提请安全理事会注意时，它明白接受了宪章所规定关于和平解决的义务。1946 年，当希腊将其与南斯拉夫、保加利亚和阿尔巴尼亚之间的边界事件所造成的情势提出安全理事会时，安全理事会邀请这些国家按照宪章第三十二条参加安全理事会的讨论，但无投票权。安全理事会为保加利亚和阿尔巴尼亚——非会员国——规定下述条件：它们应就这个争端预先接受宪章所规定的和平解决的义务。这两国接受了这个条件。1947 年，当安全理事会邀请阿尔巴尼亚参加关于英国对它所提控诉的讨论时，安全理事会规定了同样的条件，这个条件经阿尔巴尼亚加以接受。当时的条件是：阿尔巴尼亚接受联合国会员国在类似的情形下所应承担的一切义务。

③ 见第 25 目——5。

关于科孚海峡布雷的争端中建议双方应立即将争端提交国际法院，就是依照该项规定采取行动的。阿尔巴尼亚接受了这个建议。遵照宪章上述规定将争端提交法院的前景为两种因素所减弱：第一，即使对于所谓法律性质的争端（这一类争端实际上包括了向安全理事会提出的一切争端），安全理事会也没有提出建议的义务；第二，这样提出的建议对于各当事国是没有拘束力的。诚然，安全理事会可以向法院请求谘询意见而使有关的法律问题获得权威的说明。但是，这并不改变下述的事实，即：法院没有强制管辖权，是宪章的主要缺点之一。

**第25目——7丙　国内管辖事项与争端的解决**　宪章第二条第七项规定如下：

> 七、本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。

宪章这个规定的意义曾在本书上卷① 中加以讨论。但是，在涉及宪章所规定的关于争端的解决时，强调下述一点是有好处的，即：对联合国职能的限制——特别是对依据宪章将争端提交解决的义务的限制——只限于“在本质上属于任何国家国内管辖”的事项。一个引起了“足以危及国际和平与安全之维持”的争端或情势的事项，按照定义就不再是本质上属于一国国内管辖的事项。它是本质上为国际关心的事项——它是一个国际事项。这一点似乎适用于所有属于关于解决争端的宪章第六章范围之内的争端。它也适用于——虽然不是那样强有力地——大会依据第十一条对于有关国际和平与安全的维持的问题的讨论。而且，由于安全理事会（尤其是大会）除它依据宪章第七章的权力外，并不具有作为干涉的要

① 第168目——6。

素的“专断性干预”的职权，因而在这方面就无所谓否认干涉权的问题。诚然，宪章第二条规定，宪章并不要求会员国将本质上属于它们国内管辖的事项依照宪章提交解决。但是，如上面所指出的，这种事项通常并不都是纯粹国内的事项。并且，宪章所说的是不要求会员国将这种事项提交解决。这并不意味着，非争端当事国的会员国不得将该事项作为一个争端或情势向联合国提出。①

联合国存在的第一个阶段中的经验证明，第二条第七项的表面上的广泛性，对于和平解决争端而言，是不大相干的。在向安全理事会提出每一个争端或情势时，几乎总有一个有关当事国援引第二条第七项，以阻止联合国的管辖。在大多数事例中，这种抗辩都被置之不顾了，其理由是该事项在本质上是国际的（而非在本质上是国内的），或者安全理事会或大会所采取的行动不构成干涉（它只限于讨论、调查和建议），或者兼有这两种理由。毫无疑问，现在的国际法承认，属于各国国内管辖的事项的范围是非常广泛的。国际法的目标之一是保护这个范围，而这个范围是能够并且也许需要予以缩小的。国际法保护这个范围的最有效方法不是限制而是发展和平解决的国际程序。

**第25目——7丁　区域办法与争端的解决**　区域办法是以地理接近为基础、用条约建立起来、设有共同机关、并以合作和互助，尤其是政治方面合作和互助为目的的一些国家的结合。这种结合包括一系列文件所设立的美洲国家组织，这些文件之中最重要的是1948年4月30日的波哥大宪章，明文规定这个组织是在联合国范围内的一个区域机构，其目的之一是履行它在联合国宪章下的区域性义务。联合国不但不认为这种结合与它的宗旨不相符合，并且在和平解决和执行它的义务方面给它们安置了地位。

① 这就是上卷第168目——6(4)有关一段的意义。

宪章第五十二条明文规定，本宪章“不得认为排除区域办法或区域机关、用以应付关于维持国际和平及安全而宜于区域行动之事件者；但以此项办法或机关及其工作与联合国之宗旨及原则符合者为限”。宪章第三十三条列举区域办法为会员国应尽先用以解决它们的争端的方法之一。第五十二条规定得更明显。该条规定，参加这种办法或机构的联合国会员国，将当地争端提交安全理事会以前，应力求通过这些机构求得和平解决。安全理事会有鼓励用这种方法来解决当地争端的义务。① 但是，宪章又明文规定，安全理事会依据第三十四条和第三十五条的调查争端与情势的职能和各国依照第三十五条向安全理事会提出争端的权利并不受影响。

集体自卫条约——例如1948年3月17日英国、比利时、法国、荷兰和卢森堡的布鲁塞尔条约（经济、社会与文化合作和集体自卫条约）和1949年4月4日上述各国、美国、加拿大、意大利、冰岛、葡萄牙、挪威和丹麦② 订立的北大西洋公约——可能并未产生合乎宪章的意义的区域办法。这些条约，尤其是后者，基本上是集体自卫条约。这样，它们是受宪章第五十一条关于单独或集体自卫的规定的支配的。③ 1949年5月5日签订的欧洲委员会规约也不构成上述意义的区域办法。一种办法要构成合乎宪章第五十一条的意义的结合，似乎必须规定有各缔约国之间解决争端的有效

① 依据第五十二条的规定，区域结合的成员国并不负有通过区域机关解决它们的争端的显明的法律义务——它们有“力求”这样解决的义务。因此，条文中提到安全理事会鼓励这种努力，并不是完全多余的。

② 1949年9月规定设立北大西洋理事会的联合公告说明该条约的目的如下：“目的是按照宪章协助实现联合国的基本宗旨——维持国际和平与安全。本条约明白宣布各缔约国决心集体维护它们的共同的自由传统并防卫自己以对抗侵略……。”

③ 见第52目——1甲。

义务——以及必要的机关。①

**第 25 目——7 戊 非会员国与宪章下的争端的解决** 联合国在解决争端上的职能与职责并不以其会员国为限。宪章第二条第六项规定，该组织应保证非联合国会员国在维持国际和平与安全的必要范围内遵守宪章的原则。关于这项规定对非会员国课加的法律义务的范围问题，以及这项规定课加这种义务是否与国际法的公认原则相符合的问题，将在另外地方加以讨论。②

无论如何，大会和安全理事会关于解决争端的职权和一般地关于维持国际和平的职权，是不受争端当事国一方或双方为非联合国会员国这一事实的限制的。这一点也适用于对足以危及国际和平与安全的维持的情势的考虑。例如，大会或安全理事会就曾受理下述争端或情势：荷兰与印度尼西亚共和国之间的敌对行为；联合王国与阿尔巴尼亚之间因英国驱逐舰在科孚海峡触雷而发生的争端；对希腊独立的威胁问题（有关该国国内一些受到非联合国会员国的邻国援助的武装力量进行的暴动）；由于西班牙的政权而发生的情势；以及北朝鲜与南朝鲜（双方均非联合国会员国）之间的敌对行为。宪章第三十二条规定，如果非联合国会员国的国家在安全理事会所考虑的争端中为当事国，它应被邀参加关于该项争端的讨论，但无投票权，而安全理事会应规定其所认为对于这种参加国系属公平的条件。③ 例如，在联合王国与阿尔巴尼亚之间关

① 基于这个理由，1945 年签订的设立阿拉伯联盟的条约是否这种性质的办法，是有疑问的。因为，该条约第五条将关于“独立、主权或领土完整”的纠纷置于联盟的管辖权之外。另一方面，由于 1948 年 3 月 17 日的布鲁塞尔条约第八条对解决成员国之间的争端（见第 25 目——1 癸）作了规定，因而在这一点上这个条约应被认为是一种区域办法。

② 见第 49 目和第 292 目——9。

③ 这一规定的实施是不限于狭义的“争端”的。例如，当安全理事会考虑希腊的“情势”时，阿尔巴尼亚曾经被邀参加讨论——虽然看来只是依据安全理事会议事规则

于科孚海峡事件的争端中，安全理事会曾邀请阿尔巴尼亚参加讨论，但无投票权，“其条件是：阿尔巴尼亚就本案而言，接受联合国会员国在类似案件中所应承担的一切义务”。阿尔巴尼亚接受了这个条件。

而且，依据宪章第三十五条第二项，如果非会员国是任何争端的当事国，它在预先声明就该争端而言接受宪章所规定的和平解决的义务以后，得将该争端①提请大会或安全理事会注意。例如，安全理事会曾在1948年依据该条暂时考虑海得拉巴与印度之间因后者对于前者的威胁与侵犯而发生的争端，而对于依据国际法海得拉巴是否是一个国家的问题未加以决定。

这些规定的累积结果是强调联合国关于维持世界和平的一般责任，而不问任何关于会员资格的实际关系。下面将说明，这种责任包括联合国对非会员国也有禁止诉诸战争和侵略的权利与义务。②

## 第九节　军备的裁减和限制

**第25目——8　国际联盟盟约下的军备限制**　限制军备问题与和平解决争端的措施和办法是这样密切交织起来，以致不能否定它在这种性质的一部著作中的地位。通常所称的“裁军”不是指废除军备，而是将军备裁减到与一个国家的国家安全和其国际义

---

第三十九条的规定，即：“安全理事会在审查其权限以内之事项时，得邀请其认为合格之秘书处人员或其他个人供给情报或给予其他协助”。但在1946年，当希腊对南斯拉夫、保加利亚和阿尔巴尼亚提出控诉时，后两国——非联合国会员国——依据第三十二条被邀请参加讨论。

① 但看来是不能提出“情势”。这种区别大概是有点理论性的。把申诉国有利害关系的“情势”伪装成“争端”是并不十分困难的。

② 见第49目和第292目——9。

务的履行合理地相适应的限度。过去曾经有过以有限范围的多边或双边条约限制军备的成功的尝试,① 但是经验表明,要通过一般性的广泛协定去裁减和限制军备,必须取决于一个条件,即必须有一个负有确定国际法和执行国际法的责任的有效国际组织。

这里不打算追述过去关于限制军备所作的努力。② 可以一提的是:限制军备是1899年海牙第一次和平会议的表面目的,以及1907年英国向德国提出而为德国所拒绝的旨在促使双方修改海军计划以缓和英德两国关系的"海军休假"的建议。

第一次世界大战结束时,军备政策与战争爆发之间的密切关系在国际联盟盟约第八条的规定中获得了确定的国际承认;该条规定了三项原则作为减少这种危险根源的指导。第一项原则是:国际联盟会员国承认,"为维持和平起见,必须缩减各本国军备至适足保卫国家安全及共同履行国际义务的最少限度。行政院应在估计每一国家之地理形势及其特别状况下,准备此项缩减军备之计划,以便由各国予以考虑及施行。"

第二项原则是关于允许在商业上自由活动来制造对文明充满危险的商品——如军火及战争器材——的市场以及刺激对这种商品的需求所包含的危险;因此,国际联盟会员国同意,行政院应"筹

① 见第25目——9。

② 关于限制军备的国际协定,可以举出下述几个历史实例:(一)1787年8月30日的英法条约,特别提到限制建造军舰和互相通知军舰的配备;(二)1817年英美间的腊希——巴格特条约,限制在大湖上的军舰的数目、大小和配备;(三)1831年玻利维亚与秘鲁间的条约;(四)1902年阿根廷与智利之间的条约;(五)1923年2月中美洲各共和国签订了一个限制它们的陆军实力五年的公约;(六)1930年10月希腊与土耳其签订了一项关于海军军备的议定书(附于友好仲裁条约),在该议定书中两国承允:"未经六个月事先互相正式通知"不增加它们的海军军备,"以免两国政府之间发生可能的海军军备竞争"。1931年3月,土耳其与苏联签订了一项类似的议定书。

与裁减军备类似的一种防止战争的方法是设立非军事区——在米提利尼、希沃斯、萨摩斯和尼卡里亚等岛——的办法(洛桑条约第十三条)。见第72目,附注。

适当办法，以免流弊，惟应兼顾国际联盟会员国有未能制造必需之军火及战争器材以保持安全者”。[①]

第三项原则是关于军备事项的秘密性所包含的危险。因此，国际联盟会员国承允“将其国内关于军备之程度，陆、海、空军之计划，以及可为战争服务之工业情形，互换最坦白、最完整之情报”。

**第25目——9　两次世界大战间的限制军备条约**　这里将1919年以来缔结的限制军备条约予以概述是适宜的：

（一）依照各和约的规定，德国、[②]奥地利、匈牙利和保加利亚应遵从强迫裁军的严厉措施。这些规定后来经片面废弃[③]或经协议[④]而终止。

（二）依照法国、英国、意大利、日本和美国于1922年2月6日在华盛顿签订并经各签订国批准（但法国附有保留）的限制海军军备条约的规定，各签字国同意：“拆毁”若干军舰，限制各国建造和取得超过一定排水量的军舰，限制若干军舰所载的大炮的口径，并迅速将关于建造新军舰的情报互相通知。该条约应维持有效至1936年底，此后仍继续有效，直至通知终止后满两年时为止。1934

① 见1925年6月17日的监察武器、军火及战争器材的国际贸易公约。该公约虽经许多国家（包括英国、法国和美国）批准，但由于批准书所附的条件与保留的性质，并未生效。在该公约中，缔约国承允，除一些例外情形外，不输出或允许输出公约中所列举的武器和军火，但依据正式签署生效的命令输往各国政府或政府当局者不在此限（第二条）。对于非洲和亚洲的某些陆海地区有特别规定。

② 注意凡尔赛条约第一五九条前面的序文：“为使各国之军备可以普遍限制起见，德国允诺严格遵守下列陆军、海军及航空条款。”

③ 凡尔赛条约关于这一事项的重要规定，由德国于1935年3月宣布它打算恢复征兵制而加以片面废除。德国为它的行动所举的理由之一是：凡尔赛条约的其他签字国未依照第一五九条裁减它们的军备，从而自己已经违反了该条约。

④ 例如，依据1938年7月巴尔干协约各国（即希腊、罗马尼亚、土耳其和南斯拉夫）与保加利亚之间的协定，保加利亚被免除纳伊条约和1923年洛桑公约关于色雷斯边界的义务。英国对该协定表示了同意。

年 12 月，日本废弃了该条约。

（三）在 1930 年 4 月 22 日的伦敦海军条约中，美国、英国、日本、法国和意大利同意限制海军军备的进一步措施。

（四）依照 1935 年 6 月 18 日的换文，德国同意，德国海军的将来实力与英联邦各成员国的海军实力总和的比例应为三十五比一百。这一限制并不适用于潜水艇。德国同意把这种办法视为一种"永久的和确定的"协议。它在 1939 年 4 月 28 日宣布废弃这项协议。

（五）1936 年 3 月 25 日，美国、法国和英国签订了另一个条约，规定各类军舰的排水量和武器配备的限制，并规定事先通知和交换每年建造和取得海军各类船舰的计划。该条约订有若干保障条款，例如，关于发生战争或其他情势重大变更时的保障。1937 年 7 月 17 日，英国分别与德国及俄国签订了大致与法美两国所订的条约相同的协定。1939 年 9 月对德战争爆发时，英国通知有关政府：1936 年、1937 年和 1938 年的海军协定所涉及的义务已无限期地暂停效力。①

**第 25 目——10 裁军会议** 在订立这些条约的同时，国际联盟也依照盟约第八条和第九条采取一些步骤。1920 年，国际联盟设立了一个常设军备谘询委员会，这是一个由陆、海、空军专家组成的机构。同年，大会决定组织一个由比较独立的成员组成的临时混合委员会，以考虑和草拟限制军备的计划。1925 年 12 月，行政院设立了一个裁军会议预备委员会，由各国政府的代表组成。1932 年 2 月 5 日，裁军会议在日本入侵中国满洲迅速进展之时开会。该会议包括美国、苏联和一些其他非国际联盟会员国的国家。本卷第六版（修订版）载有该会议工作——及其失败——的情形。

① 同时，美国、法国和意大利通知英国：它们决定暂停该条约的效力。

就在该会议尚在进行的时候，全世界就看到重新开始军备竞赛，而其程度有过于第一次世界大战以前时期的情形。[①]

**第25目——11　宪章下的军备管制**　初看起来，联合国宪章似乎没有采取盟约关于裁减军备、管制私人制造武器和军火以及交换情报等事项的广泛宗旨。按照第二十六条的措词，宪章的宗旨是建立一种军备管制制度，以便"促进国际和平及安全之建立及维持，以尽量减少世界人力及经济资源之消耗于军备"。安全理事会应在军事参谋团的协助下，负责拟具这一方面的详细计划。[②] 虽然由于第二次世界大战结束后的世界政治状况使得这件事没有取得重要的进展，但是，联合国的实践是不鼓励对宪章第二十六条作限制性解释的。1946年12月，大会通过了一项决议，敦促安全理事会拟定"为规定区域管制和裁减武装部队，并保证这种对于军备与武装部队的管制和裁减为一切参加国家普遍遵行、而不仅由一些参加国家片面遵行所必要的"切实措施。安全理事会按照这个其措词就表明了问题背后的政治困难的决议，于1947年设立了一个常规军备委员会——"常规"是指适于大规模毁灭的原子武器和其他主要武器（包括生物战的武器）以外的武器而言。[③]

该委员会所负的任务是考虑军备和武装部队的国际管制和裁减。1948年，该委员会以多数通过，提出一项报告，在该报告中，该委员会在提出了一个军备和武装部队的管制和裁减制度的基本

① 1951年，苏联制订了"保卫和平法"，规定宣传战争是"最严重的犯罪行为"。1947年11月，联合国大会全体一致通过了一项决议，"谴责一切形式的旨在或足以挑起或鼓励任何对和平之威胁、和平之破坏或侵略行为的宣传，不论发生在何国"。关于1936年使用广播促进和平的国际公约，见上卷，第127目——1，附注。

② 见宪章第四十七条。

③ 常规军备委员会把大规模毁灭性武器界说为包括"原子爆炸武器、辐射性材料武器、致命的化学和生物学武器、或将来发展的在破坏效果上有与原子弹或上述其他武器类似特性的任何武器"（1948年8月12日的决议）。

要点后声称，任何这种制度只有"在国际信任与安全的气氛中"才能付诸实施，而这一条件当时尚未具备。大会有鉴于此，于同年指示该委员会集中注意于"拟订关于在安全理事会范围内由一个国际管制机构接受、查核和公布各会员国所提供的关于它们军队和常规军备的充分情报的建议"。1949 年，该委员会又以多数通过，提出关于这个事项的详细建议。因此，虽然由于国际情势，实现宪章关于这个事项的规定证明是不可能有什么进展的，但是，有意义的是：尽管第二十六条的措词看来是有限度的，然而有一种趋势，想要按照国际联盟盟约的路线来拟定联合国在这方面的目标，使这些目标包括裁减(而不仅是管制)军备和互相交换关于这个问题的充分情报。这可以认为是基本上符合宪章第二十六条所用的"军备管制制度"一语的。

**第 25 目——12 原子武器与原子能管制** 在联合国活动的初期，管制和裁减军备问题没有获得进展，大半是由于在解决原子武器和一般原子能问题上发生了困难。1946 年 1 月，联合国第一届大会的决议认识到这个问题的极端重要性，设立了一个原子能委员会。该决议规定，鉴于安全理事会对于维持国际和平与安全负有主要责任，该委员会应将其建议提交安全理事会，并在有关安全的事项上对安全理事会负责。该委员会应由参加安全理事会的各国和加拿大(如果它不是安全理事会的理事国)的代表组成。委员会的职权范围说明了所涉及问题的广泛内容。该委员会奉命提出为实现下述各种目的之建议：(甲)推广所有各国间为和平目的而进行的基本科学情报的交换；(乙)在保证原子能专供和平目的之用所必要的限度内管制原子能；(丙)从国家军备中取消原子武器和其他可作大规模毁灭之用的主要武器；(丁)用视察及其他方法提供有效保障，以保护遵守义务的国家免受其他缔约国违反和

规避行为的危险。①

直到1950年,该委员会的工作没有产生积极的效果。苏联虽然建议应宣布原子武器的生产、拥有和使用为非法，但是坚持这种禁止只能由一个国际机构进行,显属有限的国际监督,这个机构应在安全理事会范围内进行工作，而且看来是受常任理事国全体一致这一超越一切的原则的限制。美国和委员会的其他成员国认为：除非同时成立一个对一切与具有潜在危险性的原子能有关的活动拥有所有权和管制权，并对其他原子活动拥有管制、视察和核准权力的国际原子发展机构，否则任何禁止拥有和使用原子武器的办法都是实际上行不通的，并且会为对关于此问题的公约的潜在破坏者所利用。美国所提的计划还规定有对犯有破坏公约罪行的国家和个人的惩罚，并取消安全理事会常任理事国在这种事项上的所谓否决权。委员会的多数建议采用这个计划的要点。它们认为:只要原子能的发展还由各国政府自己掌握,任何形式的国际监督都不能防止非法的生产；这种国际监督需要相当大量地放弃主权；设立一个核准任何国内从事和管理原子能方面活动的国际管制机构是必要的。苏联拒绝接受这些建议。该委员会认为委员会各成员国之间存在着根本分歧，因而于1948年决定停止活动。该委员会虽然依照大会在同年稍晚些时候通过的决议恢复工作，但是它又一次得出结论，认为在没有广泛协议基础的情形下，任何进一步的讨论只会使目前的分歧更加僵化。

① 1946年1月24日大会第一号(一)决议。该决议实质上是与安全理事会五常任理事国和加拿大所提出的提案相同，这个提案是在1945年11月15日美国总统、英国首相和加拿大总理所发表的关于原子能的协议的宣言之后提出的。这项后来经苏联和法国同意的宣言声称："晚近科学之发明应用于作战方法和战争实务，使人类掌握了史无前例的破坏手段，对于这种破坏无适当之军事防御方法，而此种破坏手段之使用，事实上不能由任何一国所独占"。

关于禁止使用(以别于拥有或生产)原子——以及类似的——武器是否一定有赖于同时实行国际监督措施的问题，将在本书其他地方予以讨论。[①] 军备问题的任何其他方面，都沒有比这方面更清楚地着重表明了国际和平与国家军备之间的互相依赖关系，这就是说，国家军备本身就可能构成一种对和平的危险。同时，任何因此而发生的对和平的威胁，只是按目前情形下组成的国际安全制度的缺点的象征之一。这些缺点的原因是各国拒绝在军备方面和其他方面接受法治和对主权的限制；其他方面的例子是强制司法解决的义务和接受以集体行动执行和平解决的有效义务，而后一种义务按照定义是排除全体一致规则的。

① 见第116目——1。

# 第二章　国际争端的强制解决

## 第一节　解决国际争端的强制方法概说

**第26目　解决国际争端的强制方法的概念和种类**　解决争端的强制方法是指一个国家为使另一个国家同意它所要求的对争端的解决而采取的带有某些强制性的措施。现时使用的方法有四种，即：反报、报复(包括扣船)、平时封锁和干涉。

**第27目　强制方法与战争不同**　战争极常被列为解决国际争端的强制方法之一。在某种意义上说，这是正确的，但是，解决国际争端的强制方法的特征使得有必要把这种方法和战争加以明确区别。第一，虽然解决争端的强制方法往往包含有伤害性的措施，但各冲突国[1]或其他国家都不认为这种方法是战争行为，因而一切和平关系，例如外交上和商业上的交往、条约的执行及其他类似关系照旧保持，不受干扰。第二，强制方法就是在最坏的情形下，也只限于采取某些伤害性措施，而在战争中交战国可以使用除国际法所禁止的方法以外的任何数量和任何种类的武力。第三，当一个国家在它已经迫使另一个国家宣布它准备按照所希望的方式解决争端时，应立即停止使用强制方法，这是强制方法的特征；而战争一旦爆发之后，一个交战国在另一个交战国准备接受战争开始前所提出的要求时，并无停止作战的义务。由于战争是国家与国家之间的"最后道理"，法律不禁止战胜的交战国对战败的敌国强加它所要求的任何条件。

---

① 但强制方法所针对的一方得自行决定是否把这些方法视为构成战争。见第55目。

**第28目　强制方法与最后通牒及示威不同**　由于解决国际争端的强制方法具有这些特征，因而有必要把这种方法与最后通牒加以区别。最后通牒是一个术语，指一个国家送致另一个国家的一种书面通知，告诉它终止关于某一争端的和协谈判，而且最后一次并断然地提出了对方如果要避免其他措施就必须履行的一些要求。至少在理论上，最后通牒不是强制，虽然它可能发生强制的效果；而且，如果所提出的要求被拒绝，它可能提出采取强制方法——甚至诉诸战争的威胁（但受联合国宪章和非战公约[①]的限制）。同样地，有些作者，[②]把撤退外交使节、陆海军示威等等，列为强制解决国际争端的方法，这些虽然可能间接使争端得到解决，但其本身并不是强制方法。

## 第二节　反　报

**第29目　反报的概念和特征**　反报是一个术语，指对于某种不礼貌、不善良、不公平或不允当的行为以同样或类似行为所作的反击。引起反报的行为不是一个非法行为，相反地，它是行为者职权范围内的行为。[③]然而，一个国家可以作许多虽在国际上不是非法的，但对另一个国家是不礼貌或不友好的，或是不公平或不允当的立法、行政、或司法的行为。如果这种行为所针对的国家认为自己受了损害，这就产生了一个政治争端，可以用反报来解决。

**第30目　反报的理由**　什么时候反报是有理由的和什么时候是没有理由的，不是一个法律问题；它是难以作答的。困难在于

① 见第52目——10。

② 海德将断绝外交关系和停止商务往来列为"次于战争的非友好方法"。

③ 许多作者把"反报"一词适用于纠正法律上侵害行为的行为。

不礼貌、不友好和不公平这些概念不能十分准确地加以界说。因此，一个国家是否认为它有理由采取反报的方法，主要决定于每一事件的环境和情况。在实践上，各国在遇到下列情形时，往往采取反报的方法，如：本国公民在国外因严格的护照条例而受到不公平待遇；外侨被禁止从事某种职业；高额的保护性的或聚敛性的征税；一个外国拒绝对本国法院提供通常的协助或一个国家不许外国船舶进入港口，等等。

**第 31 目　反报的行使**　反报是以一个有害行为反击另一个有害行为。然而一个国家采用反报时并不限于采取同样的行为；类似的行为也是许可的，只要它们在国际上不是非法的。而且，反报只是为了强迫一个国家改变其不礼貌、不友好或不公平的行为，因此，一旦这个国家改变了这种行为，一切反报行为必须立即停止。

**第 32 目　反报的价值**　作恶的人因遭反击而住手，想加害于别人的人因怕遭反击而不敢下手，这是人性之常。由于沙文主义、保护主义和对外国不友好情绪的高涨，国家往往情不自禁地对其他国家采取某些虽在国际上不是非法的，但危及友好关系和正常交往的立法或行政的行为。确实知道会遭到反击，可能是使国家抗拒这种诱惑的唯一力量。

## 第三节　报　复

**第 33 目　报复的概念与反报不同**　报复是一个国家例外地被准许以强迫另一个国家同意接受由其自己国际不法行为所产生的争端的满意解决而对后一个国家所采取的有害的或其他国际不法行为。反报是用同样或类似的行为回击不礼貌的、不友好的、不

公平和不允当的行为，它是与国际不法行为无关的；报复则是一个国家为着对一个国际不法行为用自己执行法律的办法取得纠正而作的原为非法的行为。当然，一个国家对于它所遭受的不法行为，很可能用一种类似的行为加以回击。这种回击可以是通常意义上的反报，而不是那些正确地对反报和报复加以区别的国际法作者使用这一术语时的那种专门意义上的反报。

**第34目　对于一切国际不法行为可以实行报复**　报复不仅是象有些作者所主张的那样，只在拒绝或延迟司法或其他国际法所禁止的虐待外侨的情形下才可以实行，而是在所有国际不法行为的情形下，如果受害国不能通过谈判①或其他和协办法取得补偿，都可以实行，不问不法行为是不履行条约义务、侵犯外国尊严、破坏外国属地最高权，还是任何其他国际不法行为。②

举例来说，在西西里硫磺专利案中，英国曾基于违反条约的理由，于1840年对两西西里实行报复。根据1816年两西西里和英国订立的商务条约，英国取得了某些商业利益。1838年两西西里政府对于一个法国人及其他外国人组成的公司给予硫磺专利权，英国于是提出抗议，认为这是破坏它的条约权利，要求取消这项专利。两西西里政府拒绝接受英国的要求，于是英国于1840年对马耳他港内的西西里船舶实行扣留，并下令地中海英国舰队夺取西西里船舶，以为报复。许多船只被拿捕，但后来经法国调停，③西西里同意撤销硫磺专利，这些船只才被放还。

---

① 关于契约债务到期不还而实行的报复，见第41目。

② 关于联合国会员国之间的报复是否合法的问题，见第52目——1。

③ 再如，1908年，当委内瑞拉总统卡斯特罗把荷兰驻加拉加斯驻使罗伊斯斥退时，荷兰认为这一步骤冒犯了它的尊严，于是派遣巡洋舰进入委内瑞拉领水进行报复。这些巡洋舰在卡柏略港外捕获委内瑞拉海岸巡船亚力克斯号和另外一只委内瑞拉公有船舶。后来卡斯特罗倒台，新总统和荷兰谈判得到解决，两只船被放还。

**第 35 目　只能对于国际不法行为实行报复**　报复只有在发生国际不法行为时才是允许的。由于行政及司法官员、武装部队和私人的损害行为并不当然构成国际不法行为，因此，如果他们所属的国家履行了它的转承责任①的义务，就不得以这些行为为理由实行报复。但是，如果这个国家拒绝履行这种义务，它的间接责任就变成原始责任，从而产生一个国际不法行为，对于这种不法行为可以实行报复。

英国在唐·巴锡非柯案中下令实行的报复，是一件无正当理由的报复的显例，因为国际不法行为并未发生。1847 年，一群暴徒在希腊兵士和宪兵协助之下冲进一个居住在雅典的原籍直布罗陀的英国臣民唐·巴锡非柯的住宅并加以抢掠。虽然唐·巴锡非柯并未向希腊法院请求救济，英国却向希腊要求损害赔偿。希腊拒绝接受英国的要求，正确地认为唐·巴锡非柯应在希腊法院对暴徒提出要求损害赔偿的诉讼。英国却仍坚持它的要求，最后于 1850 年封锁了希腊海岸，并为报复起见，下令拿捕希腊船只。这个冲突最后以希腊向唐·巴锡非柯赔偿一百五十镑而获得解决。一般认为英国无权作象它在该案中所作的行为。②它只有在希腊法院拒绝满足唐·巴锡非柯的要求之后，才可以向希腊政府要求损害赔偿。③

**第 36 目　由谁实行报复**　目前，报复行为只能由国家机关，如武装部队、军舰或行政官员按照本国的特别命令来实行。但在以前，私人常作报复行为。这种私人报复行为在古代似乎曾经流

---

① 见上卷，第 149 目和第 150 目。

② 霍根批评这样的说法，他指出，一百五十镑只是巴锡非柯所请求的赔偿的一部分，并且这次报复也涉及其他英国臣民的求偿在内。

③ 1937 年 5 月 31 日，德国军舰炮击阿尔梅利亚，作为对德国巡洋舰德意志号于 5 月 29 日被轰炸的报复措施。这是对一个其政府尚未被承认的国家进行报复的例子。

行过，因为雅典曾经有一项法律，规定如果一个雅典人在外国被杀，而该外国拒绝惩办或引渡凶手，该雅典人的亲属就有权抓拿该外国的公民三人，送到雅典法院。在中世纪时期，甚至在近代时期直至十八世纪末年，各国常对受外国或外国公民损害而不能取得救济的本国臣民发给“行动状”。这种文件授权持状人对有关国家、它的公民和他们的财产作自助行为，以取得所受损害的赔偿。但在后来，国家自己也作报复行为。其结果，私人报复行为逐渐废而不用，最后在十八世纪末年完全消失了。过去区别一般报复和特殊报复，是因为在以前，一个国家可以授权一个私人作报复行为（**特殊**报复），也可以命令它的武装部队作各种各样的报复行为（**一般**报复）。现在，英国用“一般报复”一词来表示授权英国舰队在战时拿捕所有敌国的船舶和货物。①

**第 37 目　报复的对象**　报复行为可以对属于或应属于不法行为国或其公民的任何东西实行。悬挂该国旗帜的船舶可加以夺取，与该国订立的条约可以停止执行，其领土的一部分可加以军事占领，属于该国或其公民的货物可加以夺取，等等。例如，1895 年，英国曾经命令一支舰队派遣部队在科林托登陆，并占据该处税关和其他政府房屋，作为对尼加拉瓜的报复行为；1901 年，法国命令一支舰队占领米提利尼岛，作为对土耳其的报复行为；1908 年，荷兰命令一支分遣舰队夺取两只委内瑞拉公有船舶，作为对委内瑞拉的报复行为。② 不法行为国的官员的人身，甚至私人公民的人身，也是报复的可能对象。例如，1740 年，当俄国女皇安尼无正当

① 菲利莫尔援引了下述 1854 年 3 月 29 日枢密院令：“女王陛下既已决定对奥士曼帝国苏坦殿下给予积极援助，以保卫其领地不受全俄皇帝陛下侵害与无端侵略，因此，女王陛下欣然按照枢密院的建议下令，对全俄皇帝及其臣民或居住在其国家、领土或领地内的其他人的船舶和货物实行一般报复，以便女王陛下的舰队得合法地拿捕所有船舶和货物”，等等。

② 见第 34 目，附注。

理由而将原籍俄国、因参加普鲁士服务而入普鲁士国籍的斯塔克尔堡男爵逮捕时，普鲁士王弗雷德里克二世逮捕了两名俄国臣民以为报复，并将他们扣留到斯塔克尔堡被放回为止。但是，必须强调指出，对外国官员或公民的唯一许可的报复行为是逮捕；他们不得被当作罪犯看待，而只能被当作人质看待，并且无论如何不得予以**处死**或惩罚。

但是，一切属于不法行为国的任何东西都可作为报复对象的规则是有一些例外的；例如，在国外享受治外法权的个人，如国家元首和外交使节，就不得作为报复的对象，虽在实践上偶然有这样做的。关于另一个例外情形，即关于公共债务，无论在理论上或在实践上都没有一致的看法。1752年，当普鲁士王弗雷德里克二世为了对据称英国捕获法院对普鲁士臣民的不公平待遇采取消极报复起见把应还给英国债权人的西里西亚债款没收时，英国除否认这次报复有任何正当理由以外，还主张公共债务不得作为报复的对象。英国法学家和其他法学家，如法泰尔，同意这种看法，但德国作者则持反对意见。①

**第38目　积极和消极的报复**　报复可以是积极的，也可以是消极的。积极报复是那些在通常情况下可以构成国际不法行为的行为。消极报复是拒绝履行那些在通常情况下应予履行的行为，如履行条约义务或偿还债务。

**第39目　报复必须是合比例的**　无论积极或消极报复都必须与所受损害和为取得的赔偿所需要的强制成比例。② 例如，一个

① 这项争端于1756年由英国偿付二万镑赔款而获得解决，见第437目。

② 这条规则为1928年一个特别仲裁法庭裁决的葡萄牙与德国之间的瑙利拉案所明白确定。该法庭判称，德国在该案中所采取的报复是非法的，因为在边境事件中对一些德国兵士的射击与大规模侵犯葡萄牙领土之间显然是不成比例的。但司徒普和哈茨切克则认为，不能证明"比例性"是国际法的一个实在规则。

国家没有理由仅因外侨的本国曾对该国家的一个侨民拒绝司法，便为报复起见把自己境内成千的该外国的侨民加以逮捕。但是，它有理由命令本国法院对该外国的一切臣民拒绝司法，或下令本国舰队夺取几艘悬挂该外国旗帜的船只，或停止执行与该外国订立的商约。

**第40目　扣船**　有一种称为**扣船**的报复方法必须特别提到。这一名词来自西班牙文，是扣留的意思，但在国际法上它有着扣留港内船舶的专门意义。现在，既然为了报复可以采取原属非法的一切行为，那么，毫无疑问，为了强迫一个不法行为国赔偿其所作的不法行为，就可以禁止该国的船只驶离受害国的港口。①

但是，重要之点是要把**扣船**和基于其他理由而扣留船舶的情形加以区别。（一）过去曾经有一种实践，于战争看来已迫近的时候，各冲突国预料战争将要爆发，为了于战争爆发时便于拿捕和判决没收敌船起见，下令扣留其港内的对方船舶；但是，即使各冲突国不是第六海牙公约的缔约国，② 这个实践也被认为已经过时了。（二）另外一种扣船，即所谓"国王命令"，是把外国船舶扣留，以防止某种重大政治消息走漏出去。（三）还有一种扣船，是从"**占用中立财产权**"产生出来的；"占用中立财产权"是交战国于必要时，在负责对中立国所有者给予补偿③ 的条件下，夺用中立国财产的权利。

这些种国际的扣船不应与英国国内法的所谓**国内扣船**——即

① 例如，1840年，英国曾扣留西西里的船只，见第34目。往往不易说明扣留船舶是为了迫使对方赔偿的报复行为，还是一种预防措施，以备一旦战事爆发便于拿捕和没收敌国商船。波的斯·洛斯特号案似乎是一个两可的案件。如果战争没有随后爆发，这件事可以被视为一个成功的报复行为；但是，由于战争随之发生了，这件事便被追认为自始就是一种敌对的措施。

② 见第102目——1，该目讨论不适用第六海牙公约的情形。

③ 见第364目至第367目。

英王对英国船舶下令不准其驶离英国港口——混为一谈。

**第41目　报复之前应先谈判，赔偿之后应即停止报复**　象其他所有解决国际争端的强制方法一样，报复仅在向不法行为国索取赔偿的谈判失败后，才是许可的。① 从前，当国家常授权私人实行特殊报复时，商务条约和媾和条约往往规定，在请求救济后经过一段时间——例如三个月或四个月——受害国才可以发给行动状。虽然随着特殊报复的消失，这种办法现在已经成为陈迹，然而，就是在今天，还应该给予合理的时间以进行赔偿。另一方面，不法行为国一旦作了必要的赔偿，报复就必须立即停止。被捕的人必须释放，夺取的船货必须交还，占领的土地必须退出，暂停效力的条约必须重新施行，等等。②

**第42目　平时报复与战时报复不同**　平时报复不应与交战国之间的报复混为一谈。前者是为了不从事战争而解决冲突的目的而采用的；后者③ 是为了强迫从事非法战争行为的敌人遵守战争法规而采取的回击。

**第43目　报复的价值**　在接受国联盟约和联合国宪章的义务以前，各国可以对于它们认为其重要程度还用不着宣战而又不能完全加以忽视的国际不法行为采取报复。无可否认，报复是一种粗暴的解决争端的方法，报复制度在强国与弱国之间发生争端时会被滥用而且以前曾经被滥用过；但是，另一方面，既然在主权国家之上没有一个中央权力机关能够强迫不法行为国进行赔偿，

---

① 在1928年由一特别仲裁法庭裁决的葡萄牙与德国之间的瑙利拉案中，该法庭判称，如果不先提出对所受损害进行救济的要求，报复是不合法的。

② 关于一国政府向另一国政府索取负欠该国国民的契约债款，按照第二海牙公约第一条的规定，只有在债务国拒绝仲裁或于接受仲裁之后不肯执行仲裁裁决的情形下，才可以用武装部队实行报复。关于本海牙公约的讨论，见上卷，第135目。

③ 见第247目。

报复制度是难以废止的。关于报复制度和其他解决争端的强制方法是否受联合国宪章和非战公约的影响以及受多大影响的问题，下面将加以讨论。① 下述见解似乎颇有可取之处：只要在放弃使用武力的权利之时还没有接受把争端交付强制司法解决的义务，只要还没有一个机构可以强迫遵守上述义务并强迫遵守根据该义务所作的判决，则不用武力的报复必须被承认是执行国际法的方法之一。②

## 第四节　平时封锁

**第 44 目　平时封锁的实践的发展**　十九世纪以前，封锁只是战争时期各交战国之间的一种措施。到了十九世纪二十年代以后，所谓平时封锁——即和平时期的封锁——才首次被采用为解决国际争端的强制方法。所有平时封锁的案件，不是干涉的案件，便是报复的案件。③ 第一个案件，发生于 1827 年，是一个干涉的案件。当时，在希腊发生叛乱时，英、法、俄三国为希腊独立而进行干涉，对土耳其军队占领下的希腊海岸的那些部分加以封锁。虽然

① 见第 52 目——1 至第 52 目——4 和第 52 目——12。

② 国际法学会于 1934 年巴黎会议中曾考虑波里蒂斯提出的一项报告，并通过了一项关于平时报复的决议。按照该决议，除为自卫或为从事经正当授权的国际行动外，禁止涉及使用武力的报复。并且，按照该项决议，如果用和平方法可以保证法律的遵守，则即使不涉及使用武力的报复也是禁止的。

③ 一个国家对其叛乱的一部分领土加以封锁，不是为了解决国际争端的目的的封锁。因此这种封锁本身是与国际法无关的，而只是一个国内治安事项——只要该国还没有根据一个并不实行有效封锁的空洞宣言要求对外国船只进行干涉的权利。无论何时，如果在一个国内冲突中，冲突的双方被承认为交战团体，则一方或双方所宣布的封锁必须遵守关于海战中封锁的原则，特别是关于封锁必须有实效的条件。在发生敌对行为而交战团体没有被承认的情形下，这一条件也不得忽视。1949 年 6 月，当以台湾为基地作战的中国国民党政府宣布对共产党政府占领的港口实行封锁时，英、美和若干其他国家以封锁不是有实效为理由，拒绝承认其合法性。

这次封锁导致了纳伐里诺战役，使土耳其舰队全军覆没，英、法、俄三国却认为它们并未与土耳其处于战争状态。①1831年，法国为了迫使葡萄牙赔偿法国人民所受的损失，封锁塔古斯以为报复。1833年，英法两国为了使荷兰同意叛变的比利时的独立，对荷兰进行干涉，封锁荷兰海岸。1838年，法国封锁墨西哥的港口作为报复行为，但墨西哥回答以宣战。同年，法国封锁阿根廷的港口，也是作为报复行为；1845年，法国和英国一起再度封锁阿根廷的港口。1850年，英国在它与希腊关于唐·巴锡非柯②事件发生争执期间，封锁了希腊港口，但这次封锁只对希腊船只执行。另外一次干涉事件是1860年撒丁尼亚为了援助叛乱而对当时的西西里港口墨西拿和加埃塔实行封锁，但是，到了第二年，平时封锁变为战时封锁。1862年，英国为了报复对一只遭难的英国商船的劫夺，封锁了巴西港口里约热内卢。1884年，法国和中国发生争执时，法国封锁了台湾岛；1893年，法国和暹罗发生争执时，法国封锁了湄南港；这些也都是报复的事件。另一方面，1886年，英、奥、德、意、俄五国为了阻止希腊对土耳其作战而封锁希腊海岸；1897年，列强联合封锁克里特岛；这些是干涉的事件。1902年，英、德、意三国为报复起见封锁了委内瑞拉海岸；③ 1913年4月，英、奥匈、德、法(并受俄国委托)、意五国封锁了门的内哥罗的安提瓦里。

在第一次世界大战期间，于1916年12月，协约国封锁了当时还不是交战国的希腊的海岸，作为对希腊军队攻击驻雅典的协约国军队的报复。被封锁的港口内的外国船舶被准许于四天内离去。

**第45目 平时封锁是否许可** 关于按照国际法原则平时封

① 同盟国的大使还留在君士坦丁堡一些时候。

② 见第35目。

③ 这次封锁虽被称为战时封锁，以便禁止外国船舶驶入，但基本上是平时封锁。

锁是否许可的问题，国际法学家的意见是不一致的。国际法显然禁止对企图突破平时封锁的被封锁国船舶以外的船舶加以拿捕和扣押。所争论的是：按照国际法，一个国家的海岸在平时是否可以加以封锁。从最初有记载的案件直至最近的案件里，有几位权威作者认为不可以封锁。但是，另一方面，许多作者则认为可以封锁，而他们之间的分歧只是：是否可以禁止悬挂第三国旗帜行驶的船只进出被封锁的港口。① 十九世纪以及十九世纪以后所发生的许多平时封锁的事件，已经由于各国的默示同意而肯定了可以用平时封锁解决政治性质的以及法律性质的国际争端。②

**第 46 目　平时封锁与第三国船舶**　上面已经说过，所有作者都同意，封锁国对于企图突破封锁的第三国船舶无权加以夺取和扣押。除此之外，关于在平时封锁情形下第三国船舶的地位问题，并无一致意见。有些作者认为，第三国船舶应该尊重封锁，封锁国有权阻止企图突破封锁的船舶。但绝大多数作者否认有此权利。事实上，沒有一条国际法规则可以确立这样的权利，因为平时（以别于战时）封锁只是各冲突国之间的事情。因此，国际法学会赞成平时封锁的宣言包括下述条件：“尽管有封锁，外国船舶仍可自由进入港口。”

实践是很不一样的。1850 年以前，第三国船舶被认为应该尊重平时封锁，企图突破封锁的船舶都被拿捕，于封锁终止时放还，不予补偿。在 1850 年和 1886 年封锁希腊时，希腊港口只对希腊

① 国际法学会于 1887 年研究了这个问题，并且通过了一项宣言，认为平时封锁是许可的。

② 也许有一天英国法院有必要考虑平时封锁在英国国内法上的效力问题。贝特声称：“在对克里特岛实行平时封锁的时期，人们相信，尽管当时有正式的封锁公告，如果一个英国商人被构成封锁舰队的英国军舰的舰长用武力阻止不得进入克里特，该商人可以在一个英国法院从该舰长取得损失赔偿”。显然，如果封锁是依据一个制定法而宣布的，情形就不是如此了。

船舶封闭，其他船舶则被准许通过。1897 年封锁克里特时，也是这样。1937 年，当日本宣布封锁中国海岸时，它明白宣布封锁仅适用于中国船舶。① 另一方面，当法国于 1884 年封锁台湾并企图对第三国船舶执行时，英国宣称平时封锁不能这样执行，于是法国不得不放弃它所要建立的平时封锁，而认为它是对中国作战。当 1902 年英、德、意三国对委内瑞拉实行封锁时，它们宣布这是一个战时封锁，②因为它们打算对第三国船舶执行。③

**第 47 目　平时封锁与被封锁国的船舶**　无论在理论上或是在实践上，似乎都一致同意，被封锁国的船舶如果试图突破封锁，就可以加以拿捕和扣押。这种船舶不得加以判决没收，而应于封锁终止时予以放还。因此，虽然 1902 年对委内瑞拉建立封锁的国家宣布这次封锁为战时封锁，但所有被拿捕的委内瑞拉公私船舶于封锁取消后都被放还。

**第 48 目　平时封锁的方式**　平时封锁是一种具有严重后果的措施（且不谈联合国会员国依据宪章所承担的义务④），因而，必须于争执的问题以谈判方式解决失败后，采用平时封锁才是正当的。其次，既然封锁是对被封锁国领土主权的侵犯，因而表面上是具有敌对性质的，因此任何国家要想在和平时期封锁另一个国家，就必须向该被封锁国通知其意图，并明确规定建立封锁的日期和钟点。第三，虽然 1856 年巴黎宣言规定封锁必须是有实效的才有拘束力，只是关于战时封锁的；但是，毫无疑义，平时封锁也应该是有实效的。

---

① 当时中国和日本之间没有处于正式战争状态。

② 这次封锁基本上是一个平时封锁，已见第 44 目。但 1913 年对门的内哥罗的封锁和 1916 年对希腊的封锁（上文第 44 目已提及）都曾对第三国船舶执行。

③ 关于联合国封锁问题，见第 49 目。

④ 见第 52 目——1 至第 52 目——5。

**第49目　平时封锁的价值**　在国际联盟盟约、联合国宪章和非战公约订立以前，有些作者曾经怀疑平时封锁作为解决国际争端的非敌对方法的价值。另外一些作者则认为——可能是正确地——：平时封锁，无论作为报复或干涉行为，都具有很大的价值；任何足以防止战争爆发的措施都应该加以欢迎。经验证明，平时封锁虽然不是总是成功的，但它是这种性质的措施之一。① 在一个强国与一个弱国发生纠纷的时候，平时封锁可能有并且过去也确曾有过被滥用的情形，但是，这并不足为反对平时封锁的论据，因为同一论据对于一般的报复和干涉，甚至对于战争，都是同样正确的。虽然平时封锁自然是很少在两个强大海军国之间发生争端时被使用，但是，如果由几个国家的联合海军对一个强大海军国家行使，则实行平时封锁仍然是可以成功的。② 从这方面说，它构成执行宪章义务和原则的集体行动的正当工具。作为这种工具，它可以合法地由联合国使用，或为联合国而使用，不仅以对付违法的国家，而且可以应用于联合国会员国中第三国的航运，并依据宪章第二条第六项可以应用于非会员国。至于平时封锁的使用在什么程度内被联合国宪章和非战公约所废止或限制，将在下面加以讨论。③在这一点上，平时封锁和报复的情形可能是相同的。④

## 第五节　干　涉

**第50目　干涉与参与争端不同**　作为解决国际争端方法的

① 霍根在他1908年发表的专著中分析了二十一件真正的平时封锁或被认为平时封锁的案件，其中只有约五次变为战时封锁，引起了战争的爆发。

② 韦斯特累克称："实行这样封锁的最好的情形是由列强以它们新的和日益增长的欧洲立法机构的资格加以集体使用……。"

③ 见第52目——2至第52目——5和第52目——12。

④ 见第43目。

干涉，只是上面讨论过①的一般干涉中的一个特别的种类。它是第三国对于两国之间的争端加以专断的干预，以便按照干涉国所要求的方式解决争端。这种专断的干预是为了对冲突一方或双方行使强制；这是和那种使一个国家成为冲突一方的态度不同的。例如，虽然两个发生冲突的国家决心作战，但第三国却专断地要求它们以仲裁解决它们之间的争端，这时便发生了干涉。以专断的干预为形式的干涉，也必须与一个国家为了诱使发生冲突的国家以和协方式解决纷争而作的努力——如提供斡旋或调停，或给予友好劝告②——相区别。

**第 51 目　干涉的方式**　干涉两国之间的纷争的形式是对冲突国一方或双方发出文告，专断地要求按照某种方式解决冲突；例如，以仲裁方式，或以接受某些条件的方式。可以由一个国家单独干涉，也可以由几个国家集体干涉。几个大国为了均势和人道主义的利益所作的集体干涉是具有特别重要性的。③关于干涉与联合国宪章的关系，当在下面讨论。④

**第 52 目　干涉的时间**　对两国之间的冲突的干涉，可以从冲突发生时起到冲突解决时止之间任何时间进行，甚至可以在刚刚解决之后的时候进行。在许多场合，干涉是发生在两国间的战争爆发之前，目的是为了防止战争；在另外一些场合，第三国是在因冲突而引起的战争的期间进行干涉。⑤

---

① 见上卷，第 134 目至第 137 目。

② 1936 年 12 月 23 日在美洲和平会议中签订的关于不干涉的议定书，明文禁止对各缔约国内部或外部事务进行干涉。

③ 见上卷，第 136 目和 137 目。

④ 见第 52 目——3。

⑤ 关于干涉的权利、非依据权利的干涉的许可以及一切其他关于干涉的细节，见上卷，第 135 目至 137 目。

## 第六节 联合国会员国间解决争端的强制方法

**第52目——1 宪章下的武力和武力威胁** 在国际联盟盟约下，会员国之间使用解决争端的强制方法的问题，由于两个因素而复杂化并成为不确定的。首先，盟约并没有绝对禁止诉诸战争。在有些情形下，盟约对于诉诸战争的权利毫未触动。一般而言，盟约只是强加了一种程序性的延缓；它在第十二条中规定，如果会员国之间发生争端而可能导致破裂，它们应当把争端提付仲裁、或司法解决，或由行政院调查，并在仲裁裁决、或司法判决、或行政院提出报告后三个月内不从事战争。并且，依照第十六条的规定，国联各会员国不得对遵守行政院或大会一致通过的建议的国家作战。其次，盟约在这方面所加的限制和禁止，仅仅限于从事**战争**。它们对于诉诸次于战争的武力的问题未作规定。虽然后来国联的某些机关曾经宣布：不构成战争的武力使用不一定是与盟约相容的，而且未经宣战的武力行为可能构成违反盟约的战争；但是，这种宣告所产生的情况仍然是很不清楚的。[①] 联合国宪章在这个问

① 在1923年意大利轰击并占领科孚之后，国联行政院指派的法学家委员会提出了下述意见："无意构成战争行为的强制性措施可能符合也可能不符合盟约第十二条至第十五条的规定；行政院应于争端提交给它的时候考虑该案件的所有情况以及所采取的措施的性质，立即决定它应否建议维持或撤销这种措施。"国联大会关于1931年日本入侵满洲问题的报告虽然确定不移地认为日本的行动是违反盟约的，并且认为各会员国有不承认这样造成的情势的义务，但是宣称："这不是一个国家未经事先用尽国联盟约所规定的和解机会而对另一国家宣战的情形。"另一方面，在1935年意大利未经宣战而入侵阿比西尼亚时，国联行政院核准了一项报告，其中声称：意大利"已违反盟约第十二条的规定而诉诸战争"，并且"不一定要有正式宣战才能适用第十六条"。在1937年日本入侵中国时，也作了同样的断定。大会核准远东咨询委员会的报告书，其中声称：日本的行动无论根据现有法律文件或根据自卫权，都是毫无理由的，而且这

题上则似乎没有留有怀疑的余地。

宪章第二条表明宪章的原则；它规定："各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义。"① 该条然后更具体地规定："各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。"② 这种规定之广泛几乎是无以复加的。它所规定的义务不仅适用于武力的使用，也适用于武力的威胁。"武力"一词是按照通常字义指武装力量而言，而不是指经济或政治的压力。事实上，宪章序言中提及接受"非为公共利益，不得使用武力"的原则。禁止诉诸武力或武力威胁仅适用于各国间的国际关系，即适用于国与国之间的争端。③ 这就是说，这种禁止不适用于国家在内战中，特别是为了镇压其领土内爆发的叛乱所使用的武力。另一方面，这种性质的叛乱所引起的争端在下述情形下却可能变成具有国际性质的争端，即：分离的领土已经为母国——尽管暂时和不完全地——所承认，或者若干相当重要的国家按照国际法的要求对叛乱的地区已经给予承认。安全理事会大概就是采取这样的立场，它不顾荷兰和一些其他国家的反对和怀疑，于1947年对于荷兰和印度尼西亚共和国之间的争端行使管辖权，并且要求双方停止敌对行为并以仲裁或其他和平方法解决它们的争

---

种行动也违反了日本在1922年九国公约和巴黎公约下的义务。当1939年俄国进攻芬兰时，大会断定它违反盟约而诉诸战争，因而自外于国际联盟。行政院的决议的措词似乎暗示着开除俄国的理由是它拒绝服从盟约所规定的程序。但是行政院的决议必须和它所提到的大会决议结合起来看，大会决议认为俄国没有遵守盟约第十二条和巴黎公约。在此以前在行政院中没有提出过开除会员的动议。

① 第二条第三项。

② 第二条第四项。

③ 因此，一个国家和一个有外国国籍或住在外国的个人之间的纷争并不发生"国际关系"的问题。

端。① 不得诉诸武力或武力威胁的义务也不因"侵害任何国家之领土完整或政治独立"等字样而受限制。领土完整，特别是当它同"政治独立"在一起的时候，是领土不可侵犯性的同义语。例如，如果一个国家为了预防据称将要发生的进攻或为了取得赔偿，虽无永久干扰另一个国家的领土完整的意图，但侵入了该另一个国家的领土或在该领土内作武力行为，这一国家就是违反了它所承担的宪章义务。② 第四项所规定的禁止是绝对的，但为履行宪章的义务而使用武力，③ 或为了采取下一目所讨论的符合宪章第五十一条的自卫行动而使用武力，不在此限。

**第 52 目——1 甲　宪章下的自卫和诉诸武力**　反抗实际进攻的自卫权应被认为无论个人或国家的自然权利；宪章第五十一条承认自卫是国家的自然权利。该条规定如下：

> 联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。会员国因行使此项自卫权而采取之办法，应立即向安全理事会报告，此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其认为必要行动之权责，以维持或恢复国际和平及安全。

---

① 见第 25 目——5。荷兰与印度尼西亚共和国于 1947 年 3 月在巴塔维亚签订的林芽椰蒂协定被正确地视为构成了必要程度的母国的承认。此外，印度尼西亚得到了印度、澳大利亚和若干其他国家的承认。安全理事会决议中提及"印度尼西亚共和国"，不一定构成联合国对它的正式承认。关于在 1948 年英国委任统治终止后某些阿拉伯国家对以色列所发动的敌对行为、联合国大会实际上承认以色列独立的决议和若干其他国家对以色列的承认，有人认为，尽管阿拉伯各国拒绝承认以色列国家，它们的行动仍然是不符合它们依据宪章所承担的义务的。1948 年 7 月 15 日，安全理事会通过了一项决议，除其他事项外宣称：巴勒斯坦局势构成了对和平的威胁；不遵守安全理事会的建议将等于宪章第七章所规定的和平的破坏的存在。

② "领土完整与政治独立"等字样是在旧金山会议上由于有些小国的提议而增添的；这提醒人们：过分的精确性有时会产生削弱法律本来目的的结果。

③ 见第 52 目——6 乙。

应该注意的是，在某种意义上，第五十一条准许单独和集体自卫，从而扩大了一般所了解的自卫权以及相应的诉诸武力的权利。① 这就是说，联合国一会员国，不但在其本身成为武装攻击的对象时，而且在这种攻击是针对着任何一个或几个其他国家而这一个或几个国家的安全和独立被认为与对侵略者进行抵抗——或参加武力抵抗——的国家的安全与独立有重大关系时，② 就被允许诉诸自卫行动。这样把自卫的概念加以扩大，是国际社会在维持和平上的利益最终成为一致的恰当表现。这也是在实际上承认了下述事实，即：在联合国还没有制止侵略行为的有效办法以前，如果不承认这种集体自卫的权利，那就是大开方便之门让一个或几个蓄意统治全世界的国家对被侵略者进行蚕食。在这种意义上，集体自卫不过是单独自卫的合理化而已。

另一方面，宪章限定武装自卫的权利只适用于武装攻击的情形，而不适用于预期的武装攻击或各种形式的次于武装攻击的不

① 如凯尔森教授所正确指出的，把自卫权称为"自然"权利，并不产生直接的法律效果。但是，立法者在法律序文中或其他地方对于表面上与该法律体系的基本性质不合的许可性和例外规则的采用加以文字说明，是正当的。自助是由社会执行法律的一个例外。

② 正文中的提法在表面上似乎是和第五十一条的规定相冲突的，因为第五十一条只在对"任何联合国会员国"进行武装攻击时才允许采取自卫行动。但该条起草的历史并没有显示出任何象条文所似乎表示的那种故意的限制，即攻击必须是针对着领土的攻击，不管这种领土是属于联合国会员国的主权还是由它实际控制的领土。对一个非会员国的武装攻击可能在事实上和在效果上就是对一个会员国的攻击。第五十一条的措词，除非是出于疏忽，似乎是根据一种假定的，即假定联合国的会员资格实际上将是普遍的。应该注意的是，北大西洋公约——它是一个按照第五十一条组织集体自卫的条约——包括在签约当时还不是联合国会员国的缔约国。还应该注意，第五十一条可能又是由于疏忽，只准许联合国会员国诉诸自卫。既然宪章第二条第六项使会员国承担义务，保证非会员国在维持国际和平与安全所必要的范围内按照宪章的原则采取行动，既然宪章因而在实际上对于非会员国也加以相应的义务，那么，很难设想宪章怎么能够否认非会员国采取自卫行动的权利。

友好行为。① 而且,武力自卫的权利只在安全理事会沒有采取必要步骤以维持或恢复国际和平与安全之前才是许可的。从这一点来看,这是一个例外的权利——虽然它的理论上例外的性质在宪章下必然有变成正常状态的趋势,因为依据宪章的规定,常任理事国全体一致的条件,使安全理事会难于或不大可能有效地履行其主要职能。② 正是为了这一原因,第二次世界大战后缔结了若干重要的区域性或类似的多边条约,确认集体自卫的权利并使其有效。在这些条约中,最重要的是比利时、加拿大、丹麦、法国、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、挪威、葡萄牙、英国和美国于1949年4月4日在华盛顿缔结的北大西洋公约。该约第五条规定如下:

> 缔约各国同意:对于欧洲或北美洲的一个或数个缔约国的武装攻击,应视为对缔约国全体的攻击。因此,各缔约国同意,在这种武装攻击发生时,每一缔约国将按照联合国宪章第五十一条所承认的单独或集体自卫,立即单独或会同其他缔约国采取它所认为必要的行动,协助被攻击的一个或数个缔约国,这种行动包括使用武力以恢复并维持北大西洋区域的安全。
>
> 任何这种武装攻击及因此而采取的一切措施,均应立即向安全理事会报告,在安全理事会采取为恢复并维持国际和平与安全的必要措施时,这种措施应即终止。

北大西洋公约,虽然在极有限的程度内具有区域性协定的性质,但主要是一个通过北大西洋理事会和一个军事委员会为了集体自卫之目的而组织起来的国家的联合。联合国会员国事先准备集体防

① 原子能委员会的第一次报告中建议,对拟议中关于国际管制原子能生产的公约的破坏,可能严重到一个程度足以引起第五十一条所规定的自卫的权利。除了条约明文规定外,是否可以用其他方法把第五十一条的意图予以扩大,是有疑问的。把自卫的观念加以扩大使其包括门罗主义,也同样是没有充分根据的。

② 见第52目——6丁。

卫的权利，是暗含在它们的诉诸集体防卫的权利之中的。[①] 1948年3月17日比利时、法国、卢森堡、荷兰和英国在布鲁塞尔签订的经济、社会与文化合作和集体自卫条约第四条和第五条，以及1947年9月2日在里约热内卢签订的美洲国家间互助条约第三条和1948年5月2日签订的波哥大美洲国家组织宪章第二十四和第二十五条，都含有与北大西洋公约这些规定相类似的规定。但是，布鲁塞尔条约的实施仅限于欧洲发生武装攻击的情形，而里约热内卢条约则适用于广泛的地区，远至南北极，包括与大片公海相连并由该约第四条详细划定的区域。该条约规定，如果在该条约所划定的区域内或在一个美洲国家的领土内发生武装攻击，该条约关于自卫的规定应即生效。该条约兼有自卫组织和按照宪章精神制定的区域办法[②]的特色；因为该条约规定，各缔约国不仅必须将按照宪章第五十四条规定所已经采取的集体自卫措施向安全理事会报告，并且必须将打算为此目的而采取的措施也向安全理事会报告。

上述各条约非常谨慎地维护安全理事会的权威和责任，这在一个由于世界的政治分裂而使安全理事会履行其宪章责任的有效性相当受限制的时期中，不能视为仅仅是一种姿态。下述一个命题应该被认为是基本的，即：在安全理事会能够有效地行动的假定下，它担负着保证和平的首要责任。这尤其意味着，依据这个假定，安全理事会是否已经采取为维持和平与安全所必要并足够维持和平与安全的措施，应由安全理事会来决定，而不由行使自卫权的一个或数个国家来决定。同样地，一旦采取了自卫行动之后，就

① 反对这个和类似的关于集体自卫组织的条约的理由是属于政治性质的而不是属于法律性质的，因为这种条约可能被解释为意味着对安全理事会是否具有有效协助被侵略者的能力缺乏信心。

② 见第25目——7丁。

应当由安全理事会于必要时作出判断，以决定诉诸自卫行动——以及这种行动的程度——按照当时的情形是否正当。自卫权的性质——被视为一种固有的、自然的权利——并不使诉诸自卫的国家具有法律上的资格充当其行动正当与否的最终判断者。在迟延就会发生危险时，国家有权初步决定自己是否遭到了应以武力加以抵抗的武装攻击。① 但是，固有的权利必须受一个更高权威的控制，并向其负责——如果这个权威能够按照其组织法有效地采取行动的话——，否则这种权利将造成一种放肆和无法无天的情况。第五十一条的明文规定充分表现了这个一般法律原则。

## 第七节 联合国的强制解决与宪章的执行

**第 52 目——2 国际组织中的强制措施** 在一个一般性的国际组织内，如在国际联盟或联合国内，可以为着各种目的而采取各种形式的强制方法。这种强制方法可以一般地用以执行该组织的组织文件中的义务。例如，宪章第六条规定，屡次违反宪章原则的联合国会员国，得将其从联合国组织中除名。或者，象国联盟约那样，强制措施可以只限于执行不诉诸战争的义务。② 或者，这种强制措施是为了执行最高行政机关为了维持国际和平与安全所作出的决定，尽管被执行的国家并未非法诉诸武力——下文可以看到，联合国宪章就是这样的情形。在后一种情形下，强制措施可以被认为不具有惩罚的性质；但可能的例外是，采取这种强制措施是由于不遵守安全理事会事前的决定的结果，而这种决定是以保障和平为目的而为联合国会员国所必须遵守的。③ 虽然强制措施可以

① 见上卷，第 130 目。

② 见第 52 目——3。

③ 宪章第二十五条规定，联合国会员国承允“接受并履行”安全理事会按照宪章的规定所作出的决定。

是单纯属于救济性质的，即限于恢复原状，但并不一定如此。它们可以属于惩罚性制裁的性质。这样的强制措施是表现着一种正确的见解，即：主权国家的非法行为的某种表现，应受一般性国际组织集体力量的镇压和惩罚。这个原则否定了一种意见，即认为任何个人，只要是代表国家行事的，[①]就应该能够逃避他的行为的后果，或认为由于对集体单位实行镇压会遇到的无可否认的巨大困难，就必须承认一种既破坏正义又破坏建立有效国际秩序的可能性的免受镇压的豁免权。

**第52目——3　国联盟约下的强制解决**　为了更好理解联合国宪章的规定，对国联盟约下的制裁和强制解决的制度的主要特征加以注意，可能是有用的。这些特征是：(一)关于军事和经济制裁，不是对每一个破坏盟约的行为都当然实行盟约所规定的制裁，而只对在盟约第十二条、第十三条和第十五条禁止诉诸战争的情形下诉诸战争，才实行制裁；(二)制裁的办法是分散化的，就是说：每一个国联会员国——以别于象行政院那样的中央机构——都有义务也有权利依据上述各条自行断定是否发生了破坏盟约的情事；(三)每一个会员国一旦断定破坏盟约的情事已经发生，就有义务立即对破坏盟约的国家实行盟约所列举的经济制裁；(四)关于军事制裁，则没有这样的义务，因为盟约第十六条仅规定行政院应"负向关系各政府建议之责，俾国联各会员国各出陆、海、空之实力组成军队，以维护国联盟约之实行"。

① 应该注意，宪章第四十一条和第四十二条的文字并不排除破坏和平和侵略行为的个人责任以及其刑事上的后果。"必要之……行动，以维持或恢复国际和平及安全"是包括对负责的个人采取的行动在内的。1946年联合国大会通过了第九十五号(甲)决议，"申明纽伦堡法庭宪章及法庭判决所承认的国际法原则"——这些原则包括以官方资格作行为的人们应负个人责任的原则(见上卷，第153目——1)。宪章中既无与该决议相矛盾的规定，该决议可以认为是与本问题直接有关的。

盟约由于采取了集体执行法律的原则——不限于预防性或救济性的行动——并授权国联会员国着手执行法律——因而，在国际法上标志了一个根本的改变；但是，在军事制裁方面则沒有这样行动的法律义务，在经济执行措施方面也或多或少是徒有其名。① 因此，而且由于国联会员国在自己都承认在法律上并无可疑之处时仍然屡次不实行有效经济制裁的结果，多数国联会员国终于在第二次世界大战前几年采取了一种看法，认为经济制裁也已具有无拘束力的性质。② 它们曾在正式声明中表示了这种见解，这在实际上——虽然不是在法律上——等于是片面废弃了盟约中有关规定的义务。

**第 52 目——4 宪章下的强制解决** 除了由于要求安全理事会常任理事国全体一致③ 而产生的超越一切的——从许多方面看来也是决定性的——缺点以外，宪章所规定的强制解决的办法比盟约所规定的似乎是显然前进了一步。下面是宪章第七章中“执行行动”的主要特征：

（一）实施执行办法的责任不属于联合国个别会员国，而属于联合国的两个主要机关之一，即安全理事会。安全理事会负有断定需要采取强制行动的情势的法律职责。第三十九条规定：“安全理事会应断定任何和平之威胁、和平之破坏或侵略行为之是否存

① 说是“徒有其名”，是因为虽然国联各会员国必须信实地判断有否发生破坏盟约的情事，但是，最后的——单独的——决定是它们自己的决定。1931 年日本入侵满洲时，它们不肯断定非法的“诉诸战争”已经发生。断定意大利犯有违反盟约规定而诉诸战争的罪名，不是由国际行政院作为整体正式投票通过的。行政院主席仅宣称：他注意到，“十四个在行政院中有代表的国联会员国认为，我们正面临着一个不顾盟约第十二条的义务而发生的战争”。

② 这些国家包括斯堪的那维亚国家、比利时、荷兰、并在最后阶段中包括英国和法国。

③ 第 52 目——6 丁。

在，并应作成建议或抉择依第四十一条及第四十二条规定之办法，以维持或恢复国际和平及安全。”

（二）安全理事会作这种断定时不受关于需要实施执行措施的行为——侵略行为、和平之破坏或其他——的任何硬性定义的拘束。

（三）这种强制行动不一定要以有关国家事先违反其不诉诸战争或武力或不作战争或武力的威胁的义务为条件。安全理事会认为需要对之采取强制行动的“和平之威胁”，不仅可以是武力行为或武力行为的威胁的结果，而且也可以是下列各种情形的结果：危及国际和平与安全之维持的（虽然不一定是违反国际法的）不睦邻和不妥协的态度；违反国际法但不构成武力行为的行为；甚至不遵从大会或安全理事会依据宪章各条所通过的并无拘束性的建议。①

（四）安全理事会依据宪章第七章为了维持国际和平与安全之目的所通过的决议，对所有联合国会员都有拘束力。② 在这方面，军事制裁本身与其他强制措施之间是没有什么区别的。

（五）宪章包含有条文，详细规定关于通过一个军事参谋团及其他办法来实行的强制行动制度的技术组织。③

**第52目——5　和平之威胁与和平之破坏**　依据宪章，安全理事会采取强制措施的权利和义务决定于它事先对于“和平之威胁、和平之破坏、或侵略行为”的存在的断定（第三十九条）。但是，即使在已经作出这样的断定以后，安全理事会并无立即采取强制

① 宪章第四十一和第四十二条所提到的执行措施不具有报复的性质——虽然所用的方法大多数也是传统上作为报复所用的方法。因此，实行这些办法并不以事先破坏国际法为条件。

② 按照宪章第二十五条，安全理事会的决议对各会员国是有拘束力的。

③ 见第52目——6丙。

办法的义务。因为，依据第三十九条，在安全理事会作出这种断定之后，它“应作成建议或抉择依第四十一条[①]及第四十二条[②]规定之办法，以维持或恢复国际和平及安全”。这就是说，安全理事会甚至在这一阶段还可以继续向各当事国提出建议来执行其和解及和平解决的任务。即使在这一阶段，这种建议还是沒有拘束性的——虽然它们的强制力量是加强了，因为根据宪章这一章，在不遵从这种建议之后，就可能立即继之以“执行行动”。而且，安全理事会可能同时实行和解与执行的两种职务，而有令人信服的威权证明这正是宪章制订者的意图。必须再一次强调的是，鉴于安全理事会所负的维持国际和平与安全的一般责任，即使任何当事国都沒有违反宪章诉诸武力或武力的威胁，安全理事会仍然可以作出存在“和平之威胁”的断定。

依据第三十九条作出的断定的涵义是这样的严重，以致安全理事会一向不轻易援用它；即使在安全理事会事实上依据这一条采取行动时，它也不轻易明文予以援用。[③] 但是，在迁延不决的巴勒斯坦爭端之中，安全理事会曾明文援用了第三十九条。1948 年 7 月，它通过了一项决议，“断定”“巴勒斯坦局势构成属于宪章第三十九条意义之內的和平之威胁”。在同一决议中，安全理事会命令“有关政府及当局遵照联合国宪章第四十条的规定不再作进一步的军事行动，并为此目的向其军事及准军事部队发出停火命令”，并且宣称，任何有关政府或当局不遵守该命令，“将证明属于宪章第三十九条意义之內的和平之破坏的存在，就要求安全理事会立即加以考虑，以便采取安全理事会依据宪章所决定的进一步

① 见第 52 目——6 甲。

② 见第 52 目——6 乙。

③ 例如，1947 年荷兰与印度尼西亚发生争端时，安全理事会通过了一项决议，要求双方停止敌对行为并以和平方法解决争端，但它没有提及宪章的任何特殊条款。

行动”。

援用第三十九条的最重要的例子，是1950年南朝鲜遭到入侵之后安全理事会所采取的行动。这次，安全理事会依据第三十九条正式宣布北朝鲜的行动构成和平的破坏，并要求北朝鲜当局“立即停止敌对行动”并将其军队撤至边界。安全理事会并号召所有会员国对联合国给予一切协助，以执行上述决议。① 在后来一个决议中，安全理事会在注意到北朝鲜没有遵守前次决议后，建议“联合国各会员国向大韩民国提供为击退武装进攻并恢复该地区国际和平与安全所必需的援助”。②在后来又一次决议中③，安全理事会建议应向统一司令部提供援助，该统一司令部被授权使用联合国旗帜，并置于美国指挥之下。④ 安全理事会本来是可以对这种援助作出一个决议，而不是提出建议的。当时所采用的形式使联合国各会员国有可能表明它们对安全理事会所采取的步骤几乎是一致支持的。

宪章关于执行行动的规定，对于非联合国会员国的国家以及对于未被承认为国家的团体也是适用的。应该注意，第三十九条提到“任何”和平的威胁。依据第三十九条采取行动的三个主要实例——印度尼西亚、⑤ 巴勒斯坦⑥ 和朝鲜等案——都属于这一类。

① 宪章第二条第五项规定：“各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动，应尽力予以协助……”。

② 1950年6月27日的决议。当时苏联未参加安全理事会的讨论；在苏联缺席的情形下，曾经讨论了安全理事会的这些决议是否在法律上有拘束力的问题。除埃及、南斯拉夫、苏联和与苏联一伙的国家外，所有联合国会员国对于会议通过的援助南朝鲜的建议都予以肯定的答复。

③ 见第52目——6乙。

④ 1950年7月7日的决议。见第52目——6乙。

⑤ 见第52目——1。

⑥ 在讨论巴勒斯坦问题时，联合王国代表反对适用第三十九条，其理由之一是：该项争端不属于国际性质，因此对于国际和平并无威胁。他认为第三十九条有关一段中没有“国际”字样，可能是出于疏忽。安全理事会没有接受这个意见。它命令停止进一步军事行动的决议是针对“有关政府及当局”的。

**第52目——6　临时措施**　宪章第四十条规定，为了防止情势的恶化，安全理事会在向各当事国提出建议或决定下令实施执行措施以前，可以“促请关系当事国遵行安全理事会所认为必要或合宜之临时办法”。在巴勒斯坦争端中，①安全理事会曾明白地按照该项规定行事，而在印度尼西亚争端中，②似乎也是隐示地按照该规定行事的。

安全理事会依据该条而采取的积极行动可能构成一种决定，这种决定依据宪章第二十五条，对联合国会员国或为该项争端的目的而承允遵守宪章义务的非会员国是有法律拘束力的。该条用“促请”字样，并没有任何决定性的意义(法文译文用“邀请”字样，似乎更少命令口气)。这种性质的词句应按照它们的上下文加以解释。在第四十条中，这种词句是与安全理事会的执行行动有关并作为执行行动的可能预备步骤而使用的。安全理事会在历次促请各当事国遵行临时措施的场合所用的词句，表明它把它的促请看作是有拘束力的。在巴勒斯坦案中，它曾“命令”当事双方停止敌对行为——虽然有人对于这两个字提出反对。③在印度尼西亚案中，安全理事会在它的1947年8月1日的决议中曾促请当事双方“立即停止敌对行为”；在同一事件中，它曾促请当事双方“严格遵守”前次发出的“建议”。第四十条的最后一句明文规定，安全理事会“对于不遵行此项临时办法之情形，应予适当注意”④。最后，“促请”一词并不一定就是单纯的建议，这点从关于武力以外的强制措施的第四十一条可以得到证明，在该条中，“促请”一词的用意

① 见第52目——5。

② 见第25目——5。

③ 叙利亚的反对理由是，对国家下命令是和它的主权不合的。

④ 第四十条所规定的措施由该条但书明文指明属于临时的性质，该但书称，这些措施并不妨碍有关当事国的权利、要求或立场。

显然是要规定一个对会员国有拘束力的法律义务。①

**第52目——6甲 武力以外的强制措施** 象在国际联盟盟约下一样，宪章下的强制解决的方法有两种：一种涉及武力的使用，一种不涉及武力的使用。但是，和国联盟约不同的是，在宪章下，这两种方法都由安全理事会使用，经安全理事会提出后，即具有拘束性。第四十一条规定，安全理事会得决定所应采用的武力以外的措施以实行其决议，并得促请联合国会员国执行这种措施。在这种情况下所作的促请，对各会员国是有拘束力的。但这种促请只能根据第三十九条所规定的那种断定对和平的威胁、和平的破坏或侵略行为的存在的宣告而提出。实行安全理事会对这个问题所作决议的义务，并不因国内法没有授权有关国家采取某种措施而受影响。联合国各会员国有使它们的国内法适应它们的国际法义务的责任。有些国家，包括英国在内，已经制订立法，使它们能够实行安全理事会依据第四十一条所作的决议。②使这种立法包括关于涉及使用武力的制裁的规定，似乎是适当的。③

第四十一条中列举(但不是全部列举)不涉及使用武力的各种措施。这些措施包括经济关系、铁道、海运、航空、邮电、无线电及其他交通工具的局部或全部停止，以及外交关系的断绝。

---

① 见第52目——6甲。

② 1946年联合国法(一个为使联合国宪章的某些条款得以实施的法律)规定，如果安全理事会依据第四十一条要求英王陛下政府适用任何措施以实施安全理事会的任何决议，英王陛下政府得以枢密院命令作出为使这些措施能够有效适用所必要或适宜的规定。印度为着同一目的制定了1947年联合国(安全理事会)法(第四十三号)。

③ 这种立法使行政部门能够在国内范围内实现战争的一些法律后果，例如关于叛国、对敌贸易、国外投效等法律；而这种法律后果通常只在有专门意义的战争状态时方才发生。第四十二条所规定的强制措施(见第292目——6，附注)不一定构成专门意义的战争，

**第52目——6乙 以武力实行强制** 如果安全理事会认为上述措施证明或可能证明为不足，那么按照第四十二条的规定，安全理事会得采取必要的空、海、陆军行动，以维持或恢复国际和平与安全。该条规定，这种行动可以包括联合国会员国的空、海、陆军威示、封锁、和其他军事行动。第四十三条规定，联合国所有会员国“为求对于维持国际和平及安全有所贡献起见，担任于安全理事会发令时，并依特别协定，供给为维持国际和平及安全所必需之军队、协助及便利，包括过境权。”该条规定，这种协定除其他事项外，应规定军队的数目和种类，其准备程度和一般驻扎地点。这种协定应由安全理事会主动进行谈判，并由安全理事会与会员国或若干会员国的集团缔结成立。①

正如上面所指出的，就使用军事部队的决定权属于联合国组织以及这种决定对联合国所有会员国都有拘束力而言，联合国宪章比国联盟约是前进了一步。这种决定的拘束性并不因需要订立第四十三条所规定的特别协定而有所减损。虽然认为任何会员国都没有义务在第四十三条所规定的协定以外作更多贡献的提法是有理由的，但是任何会员国依据第四十二条所承担的采取军事行动的义务并不完全依赖于这种协定的缔结。而且，在没有特别协定的情形下，一个或几个会员国可能还必须就履行其宪章义务的最好办法与安全理事会进行磋商。

虽然第四十二条和第四十三条的措词并不排除组织一个在安全理事会指挥下的独立国际武装部队的可能性，但是依据第四十

① 按照第四十三条的规定，这些由会员国和安全理事会谈判并缔结的协定，应由各签字国各依其宪法程序予以批准。这些协定应由安全理事会以联合国的一个机关的资格缔结。它们就因而着重表明了，具有法律能力和国际法律人格的是联合国而不是安全理事会。

三条所实际采取的办法，是把各国部队为着特定目的而置于国际指挥之下。① 这基本上就是 1950 年所采取的办法。当时在朝鲜进行军事行动中，各国部队组成了一个联合国军，打着联合国旗帜，并在一个经安全理事会请求由美国指派并定期向安全理事会报告的司令官指挥之下行动。② 这也是宪章关于这问题的一些不太坚决的而且不易互相调和的规定的效果。例如，第四十八条规定，安全理事会为维持国际和平与安全所作的决议，应由联合国会员国以“直接”行动和通过它们在它们所属的国际机构中的行动予以执行，而其他各条则似乎是指安全理事会本身的行动。③ 一般说来，宪章中这些不同的规定似乎支持了下述见解，即：虽然宪章并不考虑建立一支独立的国际常备部队，但是联合国可以认为具有或能够具有一支自己的武装部队，由各会员国提供的国家部队组成，并由安全理事会在军事参谋团协助之下担负战略指导与责任。④

在第二次世界大战后的时期中，安全理事会各机关曾对于第

① 这也是第四十五条的内容；该条规定：“为使联合国能采取紧急军事办法起见，会员国应将其本国空军部队为国际共同执行行动随时供给调遣。”

② 见第 52 目——5。安全理事会于 1950 年 7 月 7 日通过的一项决议中建议：所有依据先前决议提供军事部队和其他援助的会员国，应将这些部队和援助“交由美国指挥下的统一司令部使用”；请美国指派上述部队的司令官；授权该统一司令部“在对北朝鲜部队作战时，除使用参加各国旗帜外，同时斟酌使用联合国旗帜”；并请美国提供关于在统一司令指挥下所采取的行动的报告。美国总统于是指示该司令官在对北朝鲜部队作战时，除使用参加行动的各国旗帜外，同时使用联合国旗帜。

③ 例如，第四十三条第一项规定，各会员国应对“安全理事会……供给”武装部队。第四十二条规定，安全理事会“得采取必要之空、海、陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全”。

④ 这样组成的部队应与一种本质上不过为一个警察部队的部队——联合国外勤服务队——相区别；后者不超过三百人，其任务为提供技术上的役务，并保障联合国代表团的安全；也应和外勤后备队名单相区别，后者是为实行休战协定的监察任务、公民投票的监督等等而征召的。这两种组织的设立均经联合国大会于 1949 年核准。

四十三条所设想的协定的形式和内容作过相当的研究，并提出了一些报告。缔结这种性质的复杂协定所必然产生的政治和其他困难，使得这种协定不能早日订立。因此，预见到这些困难的宪章第一〇六条实际上规定：在第四十三条所设想的特别协定尚未生效因而安全理事会认为尚不能开始实行第四十二条所规定的责任之前，安全理事会五个常任理事国① 应互相磋商，并于必要时与联合国其他会员国磋商，以便代表本组织采取为维持国际和平与安全所必要的联合行动。由此看来，联合国所有会员国订立协定并不是安全理事会开始实行第四十二条所规定的责任的必要条件；另一方面，也可以说，订立**某些**这种协定却是为实行这种责任所必要的。至于要有多少协定和哪些种类的协定才算够，这是应由安全理事会——包括所有常任理事国在内——来决定的。在安全理事会肯定地决定由于特别协定生效的结果它已经可以开始实行第四十二条所规定的责任以前，联合国各会员国应该协助（并且大概还应该参加）五常任理事国所同意为维持国际和平与安全而采取的联合行动。因为，按照第一〇六条，常任理事国是"代表本组织"而行动的，因而，按照第二条第五项，各会员国应给予常任理事国以一切协助。这就意味着，在一个无限期间——即直到所有常任理事国一致同意安全理事会能依据第四十二条而行动之时为止——联合国各会员国在很大程度上有义务遵照五大国为强制解决之目的而采取的一致决定。这个事实并不象初看之下那样使人担心，因为，如果五常任理事国已经一致，它们在取得安全理事会的有效决议所必要的另外两票上，是不会也不应当遇到不可克服的困难的。如果它们不一致，它们就不能依据第一〇六条而行动。在

① 五常任理事国被确定为1943年在莫斯科签字的四国宣言的参加国（即美、英、苏、中、法五国）。

这个和其他事项上，一个一般性国际组织所面临的真正问题并不在于克服大国一致态度所产生的种种危险。成为联合国结构的根本缺点的困难①，是要求以安全理事会常任理事国的全体一致作为联合国行动的条件而常任理事国之间可能发生分歧所造成的。

**第 52 目——6 丙　执行的办法**　宪章包含有若干关于组织执行办法的规定，其中有些是技术性的。例如，宪章规定，当安全理事会决定使用武力时，它应在要求安全理事会中无代表的会员国供给武装部队②之前，请该会员国参加关于使用该会员所派遣的武装部队的决定——不仅参加讨论（第四十四条）；安全理事会有权决定，强制措施所需要的行动应由**全体**会员国担任，还是仅由某些会员国担任（第四十八条）——这一条使得有可能对地理情形加以考虑；联合国会员国应通力合作，彼此协助，以执行安全理事会所决定的措施（第四十九条）；如果安全理事会对于任何国家采取预防或执行措施，面临因执行这种措施而引起特殊经济问题的任何其他国家，应有权与安全理事会会商解决这个问题（第五十条）。此外，宪章第四十七条规定设立一个军事参谋团，其任务为就下述三类问题向安全理事会贡献意见并提供协助：（甲）关于安全理事会维持国际和平与安全的军事需要问题；（乙）关于受安全理事会支配的军队的使用和统率问题；（丙）关于军备的管制和可能的裁军问题。军事参谋团由安全理事会各常任理事国的参谋总长或其代表组成。③军事参谋团在安全理事会之下，对于受安全理

① 见第 52 目——6 丁。

② 以别于单纯供给便利或协助。

③ 但在军事参谋团未有常任代表的会员国，如果它的参加是有效履行该团的职务所必要的，可以被邀请参加。

事会支配的任何武装部队，负战略指挥的责任。

**第 52 目——6 丁 联合国的执行办法的有效性** 正如上面所指明和本目所将讨论的，宪章规定的执行和平解决争端的制度所存在着的一些缺点，不应掩蔽宪章与国际联盟盟约相比之下所表现的进步。在宪章下，由一个中央机关——安全理事会——来决定义务性的集体使用武力的场合，这种决定对一切会员国有拘束力。对于安全理事会常任理事国而言，这种义务除非经过它们自己同意，事实上是不能发生的，[①] 而联合国所有其他会员国的义务则是绝对的。在国联盟约下，一个会员国除非事先根据它的自由判断，同意违反盟约的情形已经发生，就沒有任何集体执行和平的义务。而且，盟约也未规定采取有效集体行动的办法。

然而，这样取得的进步被下述事实所掩蔽，并且使大多数实际目的成为徒有其名，这个事实就是：在宪章第七章下的决议必须获得所有常任理事国的同意票，即使其中一国或数国是争端的当事国，因而，在法律上就不可能对一个安全理事会常任理事国实行强制，从而执行和平的办法恰恰就在维持世界和平的最主要一点上失去了作用。这一事实不会不为负责起草宪章的人们所考虑到。政治家们，不论他们口头上怎么说，绝不会认眞地设想各大国之间会始终保持目的和行动的一致，而这种设想已经为历史经验所一贯证明是错误的。宪章在这方面目前具有这个根本弱点，其原因是在通过宪章时，未来的安全理事会常任理事国中若干或全体常

① 基于这个理由，有人有时认为，宪章实际上扩大了大国的主权。但是，这仅在相对意义上说才是这样的，即：大国的主权是和在盟约下一样的，而其他国家的主权则受了限制。然而，从法律上说，其他国家不能仅由大国投票(宪章第一〇六条所设想的情况除外，见第 52 目——6 乙)而被迫采取行动。而且，一个常任理事国的反对票，就将阻止发生任何这样的义务。

任理事国都不愿意放弃主权，而在法律上允许以不包括所有常任理事国的同意票在内的表决对一个常任理事国或对另一个国家执行宪章的法律，就是意味着主权的放弃。但是，做到这样一点，必须被认为是对有组织的国际社会的关键问题的合理解决。使一个——或者甚至两个——常任安全理事国服从其他理事国表决的法律的这种可能性，必须被认为是提供一种集体制裁的切实可行的标准，而这种集体制裁就其目的和最后成功的可能性而言，是与战争迥然不同的。① 同样地，关于对其他会员国执行宪章，要求安全理事会常任理事国全体一致——而不是多数表决——是没有任何理由的。毫无疑问，下述见解是不无见地的，即：责任必须和权力相关联；常任理事国不应该有法律上义务去执行一些小国联合起来达成的违反它们意志的决议。然而，这种见解可以由于采用下述原则而得到实现，即：除经安全理事会常任理事国多数同意，不得依据第七章通过有效的决议。保护常任理事国使其不致被迫负担小国以多数票（不管有多么大的多数）表决强加于它们的责任，和把每一个常任理事国的主权——不管是怎么不开明的、阻碍性的或恶意的——提升到国家的国际组织生活中的决定性因素的庄严地位，这两者之间是有根本的区别的。1950 年，联合国大会采取了把联合国从无能为力的镣铐中解放出来的第一步——这一步由于宪章有一项非经明文修改就无法补救的原则而不得不是一个范围有限的一步；而这种无能为力的原因就是，关于维持和执行国

① 1950 年，一位权威作者说道：宪章不是为“大国之间的冲突”而设计的，然而，“似乎出人意外地，这却正是现在威胁着和平的一种冲突”。在宪章主要起草人的论点中，头一条就是预期大国之间会继续保持和谐。他们一再说明，如果没有这种和谐，其本身就表明联合国宗旨的失败。《英国对联合国宪章的评论》称：“联合国组织不可能对一个大国本身采取执行行动而不引起大战，这也是很明显的。如果发生这种情势，联合国的宗旨就算失败了，所有会员国就将按当时情况自行其是。”

际和平与安全的事项必须得到安全理事会常任理事国全体一致的同意。①

① 1950年，联合国大会通过了一项决议，除其他事项外，规定如下："如果安全理事会由于常任理事国之间不能获得一致使其遇有似乎发生和平之威胁、和平之破坏或侵略行为的情形而不能行使其维持国际和平与安全的首要责任，大会应立即审议该事项，以便向各会员国作适当建议，采取集体措施，以维持或恢复国际和平与安全，包括在和平破坏或侵略行为的情形下于必要时使用武力。当时大会如在闭会期间，应于请求开会后二十四小时内召开紧急特别会议。这种紧急特别会议得依安全理事会任何七个理事国的投票或依联合国会员国半数的请求而召开。"此外，大会在同一决议中设立了一个和平观察委员会和一个集体措施委员会，以研究维持和加强国际和平与安全的方法并提出报告，并同时注意到第五十一条和第五十二条所规定的集体自卫与区域办法。该决议可能是设想这样一种情形，即：安全理事会已经确定不能有效地处理一种局势，因而安全理事会已经不能被认为对于这项争端执行其职务。（宪章第十二条规定："当安全理事会对于任何争端或情势，正在执行本宪章所授予该会之职务时，大会非经安全理事会请求，对于该项争端或情势，不得提出任何建议。"）这样制订的决议，其本身没有拘束力，并且只是考虑通过一些没有拘束力的建议，却必须认为是与宪章文字相符合的。至于它是否与宪章的精神相符合，则取决于应将什么当作宪章的主要方面：是以常任理事国全体一致原则为基础的组织结构呢？还是执行和平的最高宗旨？从后一观点来说，该项决议和根据它通过的建议，虽没有拘束力，但可以被认为提供了对以实现宪章主要宗旨为目的的行动的授权。

# 第三章　战争的废弃

**第 52 目——6 戊　战争在国际法上的地位**　在非战公约订立以前，战争的制度在国际法上履行两种互相矛盾的职能。在沒有一个执行法律的国际机关的情形下，战爭是实现基于国际法的或自称基于国际法的权利主张的一种自助手段。这种把战爭看作执行法律的工具的概念有如此巨大的法律和道义权威，以致在一个国家诉诸战爭事实上是为了削弱其他国家而增加自己的权力与领土的大多数情形下，有关国家总是把战爭说成是为了保卫法律权利而进行的。① 这种战爭的概念是与国际法形成时期② 所确立而始终沒有完全消失的正义战爭与非正义战爭之间的区别密切有关的。但是，同时，在战爭作为一种法律上承认的、用以否认和改变以现行国际法为根据的权利的工具的概念中，这种区别是明显地被拒绝了。在沒有一个国际立法机关的情形下，战爭曾执行着使法律适应已改变的情况的职能。而且，除了给国际组织的缺陷提供一种粗糙的代替物以外，战爭曾被认为是一种法律所许可用以攻击和改变国家现有权利的工具，而不问所要造成的改变的客观是非如何。海德在 1922 年写道："国家永远有权力……不仅使用武力，甚且直接诉诸战爭，来从其他国家取得政治或其他利益。"国际法并不认为一个自认为这种目的而从事的战爭是非法的。在这个限度内，国际法就拒绝了正义战爭与非正义战爭之间的区别。战爭在法律上是国家的一种自然职能，而且是国家的不受控制的

---

①　这种往往公然置法律于不顾的一面之词，不能正当地被视为许多作者所持下述见解的充分根据，即：按照实在国际法，战争只有作为对法律上侵害行为的救济方法，才是许可的。

②　见第 63 目。

主权的一种特权。

战争的这两个方面,除了它们之间互相矛盾之外,还在法律上引起了一些根本性的反对意见,而对这些反对意见,只有否认国际法的法律性质或者至少承认国际法作为一个法律体系的软弱性,才能给以满意的回答。这些反对意见是不能用从文明社会的法律引申出来的概念来予以充分答复的。① 作为维护法律的工具,战争意味着将有关国家因战胜而拥有的力量与法律权利相等同,而这是法律所不允许的。作为改变法律的工具,战争则构成国际法体系的连续性的剧烈中断,而这就类似于国家宪法本身允许革命。国际法在严格尊重每一个国家的独立和尊严的基础上调整和平时期各国之间的关系。它使通过报复制度对国家的利益范围所作的有限度的侵犯受到若干比较明确的条件限制。但是,一个国家却可以通过行使纯粹任意性的宣战权利,一举而对受攻击的国际社会成员解除了除有关战争行为的国际义务以外的所有国际法义务。面对着这些困难,有些作者不把战争视为国际法所承认的一种制度,而宁愿把它视为国际法所遇到的并加以调整的一种情况或事实,这是不足为奇的。

**第 52 目——6 己 限制战争权利的尝试** 1899 年和 1907 年两次海牙会议和争取和平解决国际争端的运动,标志着试图对战争——不但作为法律的工具,而且作为法律上承认的改变法律权利的方法——的权利加以限制的开端。同时,对于战争权利的限制,还作了更直接的尝试。1907 年关于限制使用武力索取契约

① 例如,往往有人指出,在原始社会中,法律是由受害一方予以执行的,因而战争作为法律上自助的工具,同国际法的法律性质并不矛盾。我们认为,在科学上较为适当的是把十八、十九和二十世纪直至 1928 年以前实在国际法所承认的战争制度视为与一个真正的法律体系不相容,而不是试图维持国际法体系的法律性质而主张在这个期间内战争是法律所承认对法律上的侵害行为的一种反应。

债务的海牙公约,除了某些例外情形外,禁止使用武力作为强制执行关于这类性质的契约义务的法律救济方法。①"布莱恩条约"创始了一种限制战争权利的办法,它规定各当事国有义务在和解委员会提出报告前不得开始敌对行为。②国联盟约除了对于一切战争规定延缓期限外,并确定地剥夺了会员国在某些情形下的战争权利。③

这些对于作为法律工具的战争权利加以限制的尝试主要是在程序方面的,而同时还有更坚决的努力来宣布"侵略战争"——即不顾其他国家的现有法律权利而从事的战争——为非法。1923 年的未生效的互助条约草案第一条宣布侵略战争是一种国际罪行。1924 年的未生效的日内瓦议定书的序文也使用类似的语句;该议定书第二条规定除该议定书所列举的特定情况外④"无论如何不诉诸战争"的义务。1927 年 9 月,在波兰代表团的提议下,国联大会通过了一项决议,表示一种信念:"侵略战争永远不能作为解决国际争端的方法,因此也是一种国际罪行";该决议并宣称,"一切侵略战争应被禁止,并且永远被禁止",而且"应使用一切和平方法解决各国间可能发生的各种争端"。依据 1925 年的洛迦诺条约,⑤各缔约国相互承允,除某些例外的情形以外,"它们无论如何不彼此攻击或侵入,或彼此诉诸战争"。这一时期还订立了其他类似的条约。⑥1928 年 2 月,第六次泛美大会通过了一项决议,宣称:"侵

① 见上卷,第 135 目。
② 见第 11 目——1。
③ 见第 25 目——2。
④ 见第 25 目——4。
⑤ 见第 25 目——1 壬。
⑥ 例如,1926 年 6 月 10 日的友好条约第一条规定,法国与罗马尼亚相互承允:除该条约所规定的例外情形外,"它们无论如何不彼此攻击或侵入,或诉诸战争"。苏联与立陶宛于 1926 年 9 月、与波斯于 1927 年 10 月,法国与南斯拉夫于 1927 年 11 月都曾缔结类似的条约。

略战争构成对人类的罪行……一切侵略都是非法的，因此宣告予以禁止”。

**第 52 目——6 庚 废弃以战争作为国家政策的工具** 上述这些尝试在非战公约中得到了权威的和几乎普遍的表现。这个主要由于法国和美国的创议而产生的条约，于 1928 年 8 月 27 日在巴黎由十五国政府的代表签字，同日，这些代表还邀请其他政府加入该条约。这个又称为巴黎公约或凯洛格一白里安公约或凯洛格公约的条约，现在对六十个国家——包括所有大国在内——有拘束力。该约有一个序言和两条约文，详列这两条约文是适宜的：

第一条

缔约各国用各该国人民①之名义郑重宣告，彼等谴责恃战争以解决国际纠纷，并废弃以战争为在国家相互关系中施行国家政策的工具。

第二条

缔约各国互允，各国间设有争端或冲突，不论属何性质，因何发端，永远不得用和平方法以外的方法解决之。

这些条文必须和序文中的一段结合起来读；在这段序文中，各签字国表示它们的信念，认为“所有各国关系之改变，只可用和平方法来实现，这种改变只能是和平和有秩序的程序的结果；此后任何签字国如欲恃战争以增进其国家利益，即不准享受本约给与之惠益。”

各项签字、批准或加入该公约的文件之前都附有官方声明和宣言，这些声明和宣言虽不构成公约的一部分而且不改变公约的任何规定，但对于公约的解释是有相当重要性的。②

① 日本当初反对此种用语，理由是：依据日本宪法，天皇是以自己的名义而不是以他的人民的名义签订条约的。

② 见第 52 目——7 附注。

**第 52 目——6 辛 巴黎公约的法律效果** 废弃以战争作为“国家政策工具”，必须了解为是指上面所述的战争的那两个方面。公约各签字国放弃了战争的权利，不论战争是作为反抗国际侵害行为的自助的法律工具，还是作为改变现行权利的国家主权的行为。

另一方面，公约的效果，即使对公约的签字国而言，也不完全废止战争这个制度。各签字国放弃在它们的相互关系中以战争作为国家政策工具①这一事实意味着，在下列情形下诉诸战争仍然是合法的：

(甲)作为法律上许可的自卫手段；②

(乙)作为依据现有文件——如联合国宪章③——执行国际义务的集体行动的措施；

(丙)在公约签字国和非签字国之间④；

(丁)用于反对一个因违反公约规定、诉诸战争从而破坏公约的签字国⑤。因而，当 1939 年 9 月英国向德国宣战时，鉴于德国侵入了波兰以及由此而引起的德波两国之间的战争，英国的宣战是完全符合该公约的义务的。

这些例外本身足以表明，巴黎公约即使对公约的缔约国而言，也并没有废止战争这个制度。当然，它更不能对非缔约国具有废

---

① 有人认为这个名词不够广泛，因为它可能不包括“宗教的”或类似的战争，而这些战争都不是“国家政策”的战争。

② 见第 52 目——7。

③ 这个例外是从该公约的措词引申出来的，因为该公约提到战争作为国家政策的工具。为慎重起见，这个例外在条约订立前的来往文件及解释中已经加以明文规定。

④ 例如，1933 年巴拉圭向玻利维亚宣战并非违反巴黎公约，因为玻利维亚未参加该公约。

⑤ 见第 52 目——7。

止战争的效果。而且，违反公约的战争是可能的，并应视为一种经常存在的可能性。这样的战争是非法的，但它仍然是在其主要方面受公认的战争法规调整的战争。① 这并不说，违法的交战国一定总能取得所有战争规则的利益。②

**第 52 目——6 壬　巴黎公约与和平解决的义务**　巴黎公约使各缔约国负有义务不以和平方法以外的方法寻求解决彼此间的争端，但该公约并未规定将争端提交有拘束性的司法或其他解决的具体义务。该公约没有影响国际法这一规则，即：除有相反协议外，国家并无义务将其与另一个国家的争端提交一个有拘束性的司法判决，或一般地提交一种产生对双方有拘束力的决定的解决方法。③

这种没有规定有拘束性的和平解决以及没有规定关于依这种解决作出的决定的执行办法的情形，从该公约的最终有效性看来，是该公约的主要缺陷之一。这表现出国际法律体系的一个根本漏洞。在该公约缔结之前，战争是一个法律救济方法。除了某些例外以外④，该公约把作为法律救济方法的战争废止了，但没有用其

---

① 见第 61 目。基于这些和其他理由，战争法必须仍然是国际法科学的正当对象。一个法律体系可以禁止诉诸非法武力，但它却不一定能阻止它发生；它也不能废弃为执行法律而行使的武力强制。无论在那一种情形下，特别是当敌对双方是拥有巨大实力资源的集体单位时，提供一些规则以调整或于可能时减轻武力的使用，是适宜的。例如，在内战中——虽然国内法把内战斥为叛乱者的叛逆罪行，但却不能避免其发生——人们曾经发现，有必要用明白承认交战团体的地位（见第 59 目），或默示遵守由国际法所确立的战争规则，或如 1949 年日内瓦公约所表明的那样，将人道主义规则明文推广适用于内战（见第 59 目——1）等方法，使敌对行为正规化和人道化。

② 见第 61 目。

③ 即使把第二条解释为有寻求以和平方法解决争端的积极义务，该条也肯定地不包含这样解决争端的义务。如上面所指明的（第 11 目——1），仲裁或司法解决以外的其他和平解决方法不一定作为法律义务非得达成解决不可。

④ 见第 52 目——6 辛。

他东西来代替它。既然对于法律权利的不断否认必须有某种救济办法，因此，禁止诉诸战争就可能在实际上成为不现实的。

**第 52 目——6 癸 诉诸次于战争的武力** 巴黎公约由于禁止诉诸战争是否因而也禁止诉诸次于战争的武力，是一个有争论的问题。这一争论在很大程度上是理论上的争论，因为受公约拘束的大多数国家也受联合国宪章的拘束，而联合国宪章是禁止诉诸次于战争的武力的；① 而且，在禁止诉诸武力——不论是否战争——的问题上，宪章对于非会员国的行为也作了规定。② 巴黎公约第二条提到各缔约国不以除和平方法以外的任何方法解决争端的义务；缔约各国在序文中表明它们的信念，“所有各国关系之改变只可用和平方法来实现，这种改变只能是和平和有秩序的程序的结果”。有些作者认为，这些规定必须解释为公约禁止次于战争的武力。但上面所引的序文的一段话只提到关系的改变，而沒有提到现有法律关系的执行；至于第二条的规定，必须记住，虽然次于战争的武力措施是强制的方法，但是它们仍然是和平的方法。③ 由于巴黎公约允许无限制地诉诸次于战争的武力措施，它象联盟盟约的相当条款一样，受到了严厉的反对。④ 在巴黎公约订立后四年之內发生了三次该公约缔约国不经宣战而大规模诉诸武力的事件，即：1929 年苏俄关于中东铁路争端而对中国进行的敌对行为；⑤ 1931 年和 1932 年日本占领满洲；以及 1932 年秘鲁入侵哥伦比亚的累提西亚省。在所有这些事件中，其他缔约国都曾向争端的当

① 见第 52 目——1。
② 见第 2 条第 6 项。
③ 见第 27 目。
④ 见第 52 目——1。
⑤ 在该事件中，俄国以自卫为辩护；因此人们可以争辩说，这意味着俄国并不否认该公约是可以适用的。

事一方或双方提醒它们在公约下所承担的义务，但并未作出该公约已被违反的权威性断定。① 另一方面，对于 1935 年意大利入侵阿比西尼亚、1937 年日本入侵中国和 1939 年俄国入侵芬兰，则作过权威性的声明，宣布该公约已被违反。这几次入侵都继以大规模的敌对行为。②德国于 1937 年企图消灭奥地利的独立和 1939 年企图消灭捷克斯洛伐克的独立、1939 年意大利并吞阿尔巴尼亚，以及同年俄国入侵波兰，都未引起实际的敌对行为或导致正式断定公约已被违反的国际程序。毫无疑问，在所有这些事件中，该公约的义务已被置之不顾了。

**第 52 目——7 自卫问题** 各签字国在最后决定接受公约之前，曾经发表宣言和声明，③ 保留它们诉诸自卫战争和自己判断

① 1933 年 1 月 25 日美国致秘鲁的照会声称：任何“以武力支持对累提西亚的非法占领”的办法来改变现行条约关系的企图，将构成对巴黎公约的破坏。

在巴黎公约之后订立的若干条约中有些明文规定不仅废弃战争，而且还废弃了若干类比较明确指明的武力。例如 1932 年波兰与苏联订立的互不侵犯条约规定，缔约国双方承允“不对缔约国他方采取侵略行动或侵入他方的领土”，双方并同意，“任何攻击缔约国他方的领土完整与不可侵犯性或政治独立的暴力行为，均应视为违反［该条约］所包含的义务”，“即使作这种行为时并未宣战，而且尽可能地避免战争的外观”。1934 年 1 月波德宣言称，两国同意不“诉诸武力以解决”两国之间的争端。俄国和德国于 1939 年违反了这些条约，但这些条约现在仍有某种历史的重要性。

不论巴黎公约是禁止战争和次于战争的武力措施还是只禁止前者，由于它禁止了这种行动本身，它大概也禁止了这种行动的威胁。这就是说，在该公约所建立的体制之下，最后通牒（见第 95 目）通常是非法的，因为它等于是预期要破坏该公约。

② 这几次入侵都未经宣战，其原因是交战一方或双方不愿引起正式的中立状态，以致有碍从第三国获得援助，或者是侵略者希望在技术上保持不超出巴黎公约的范围。在苏芬战争中，苏俄自称它只是援助它所承认的作为芬兰合法政府的革命政府。

③ 这些宣言和声明主要包含在下述文件中：（甲）原始签约国于签署该公约以前的来往文件和被邀参加该公约的国家的答复；（乙）各国政府的声明和各国国会的委员会对国会的报告。由于这些宣言和声明仅仅肯定公认的自卫原则，它们作为解释该公约的一个因素的重要性可能是被过分夸大了。

已否产生使这种行动成为必要的权利。[①] 据信这些声明和宣言对公约的法律效果并没有任何重要的减损。因自卫而使用武力的权利(在国家关系中可以采取战争的形式),是任何法律体系中对禁止诉诸武力的恒久限制。而且,是否诉诸自卫,在最初阶段必须由自认为遭到危险的一方自由判断加以决定,这是自卫概念的本质。既然如此,由于这些宣言是为有关国家保留由它们自己断定是否必须诉诸自卫战争的权利,因此就不必对它们过分重视。这种能力应理解为,当迟延即将发生危险时决定立即采取行动的权利的能力。[②] 但是,关于法律解释的起码原则不允许作这样一种解释,即承认自称诉诸自卫战争的国家有权对于这种行动的合法性问题作出具有法律上确定效力的最后决定。任何其他国际协定都没有给予这种权利。诚然,巴黎公约并没有规定将有争执的自卫问题提交司法判决的义务。但是,这一情况并不限于巴黎公约;它是一切不受一般仲裁条约或特别仲裁条款限制的国际条约所共有的情况。

为自卫而诉诸武力的合法性问题,是在每一个具体案件中宜于由司法或其他机关予以公正决定的问题。例如,纽伦堡国际军事法庭于1946年的判决书中称:"有人又争辩说,按照缔结凯洛格

① 例如,1928年7月14日法国对于美国致巴黎公约各原始签字国的同文照会所发出的复照中称:"新条约并未以任何方式限制或妨害自卫的权利。在这方面,每一国家均将永远保有保卫其领土不受攻击或侵犯的自由;只有各国自己才有权决定情况是否必需诉诸自卫战争。"有些国家详述了它们的自卫概念。例如,美国在自卫权中包括了维持门罗主义(见上卷,第139目)作为其国防体系的一部分的权利,而英国则指出,"世界的某些区域,其幸福和完整"对于英国的和平和安全具有"特殊和重大利益关系",因而保卫这些区域不受攻击,必须被视为一种自卫措施。

② 在日本与中国的满洲纠纷中,国联大会通过的李顿调查团报告书,曾论及日本占领满洲的最初行动可否以自卫为理由的问题。该调查团认为,日本军队的行动不能称为正当防卫的措施,虽然这并"不排除一种假设,即当地的军官们可能认为他们是在从事自卫行动"。另一方面,国联大会于1937年10月6日的决议中通过了远东谘询委员会的报告,其中声称:日本的行动违反了巴黎公约,并且是不能以自卫为理由的。

一白里安公约时许多签字国所作的保留，只有德国可以决定预防行动是否必要，而且作此决定时，德国的判断是具有决定性的。但是，如果要想使国际法得到执行的话，以自卫为理由而采取的行动事实上是侵略性的还是防御性的，最后必须受到调查和判决。”如果事先就规定在什么情况下诉诸武力(包括战争在内)应初步被视为自卫措施，这对于那些判断这个问题的法官和政府的任务可能会有帮助。这些情况就构成自卫措施所针对的那个国家的侵略行为。有些国家在条约中规定了一种侵略的定义。①在一种已经废弃以战争作为纠正法律上或道义上侵害行为的救济方法的法律体系内，朝这个方向作进一步努力不得认为是法律上不妥当的或对正义有妨碍的。② 由于澄清关于自卫和自保行动的法律有助于确定

① 例如1933年7月3日俄国与阿富汗、爱沙尼亚、拉脱维亚、波斯、波兰、罗马尼亚和土耳其之间的侵略定义专约。(俄国还曾和某些其他国家签订类似专约)。按照该专约第二条的规定，国际冲突中的侵略者“应认为系首先作下列行为之一的国家：

一、对另一国宣战；

二、即使没有宣战，但以武装部队侵入另一国的领土；

三、即使没有宣战，但以陆、海、空武装部队攻击另一国的领土、海军船舰或飞机；

四、对另一国的海岸或港口实行海军封锁；

五、对于在一个国家领土内组成而侵入另一个国家领土的武装小股给予援助，或不顾受攻击的国家的要求而拒绝在其领土内采取一切可能的措施以剥夺对这些帮伙的援助和保护。”

这个定义是紧紧仿照裁军会议安全问题委员会于1933年5月提出的侵略的定义的。1933年英国向裁军会议提出的公约草案内有关于盟约第十六条意义内的“诉诸战争”的定义；该定义除第四部分外，是紧紧仿照上引的定义的。

② 有一种常见但是错误的假定，认为规定一个侵略定义，就必然会剥夺各国政府或法庭判断某一局势的是非曲直的自由。没有任何定义是能够自动起作用的。总是必须由有权作判断的司法法庭、或国家，或任何其他机构，把定义的各种要素适用于当前的事件。必须信赖这些机构能够避免由于某一局势的特殊性而可能产生的荒谬或不公正的结果。在国内法中，并没有以定义的严格适用可能产生不公正的结果为理由而认真试图阻止对各种罪行下定义。法律是有赖于起草者的技巧和法庭的智慧的。定义代表法律的运用和遵守中的一种确定的因素，这在国际关系中象在国家之内一样是必要的。有一个侵略定义还可能有助于使各国更难于采取把自卫概念和保卫它们所认为重要的任何利益等同起来的政策。

侵略定义，所以纽伦堡国际军事法庭于1946年关于在外国领土上采取预防行动问题采用了美国在“加罗林号案”[①]中所规定的关于正当自卫行动的定义，是在这一方面作了贡献。另一方面，新的战争工具——如原子战争中所必然使用的工具——的发展，可能使现有的侵略定义成为不充分。例如，关于草拟国际管制原子能公约的问题，有人指出，对该公约的严重违反可以正当地被视为属于准许采取自卫行动的宪章第五十一条的意义内的“武装攻击”，即被视为侵略。在起草宪章的时候，有人建议在宪章第三十九条和其他地方[②]规定侵略定义，但该建议沒有被采纳，理由是，它将给宪章的解释带来一个过分硬性的因素。

**第52目——8　巴黎公约的制裁**　巴黎公约与国际联盟盟约和联合国宪章不同，它对于违反公约沒有规定制裁。公约唯一明文规定的制裁不在公约本文之中，而在序言的一段话内，在那里，各签字国表示它们的下述信念：“此后任何签字国如欲恃战争以增进其国家利益，即不准享受本约给与之惠益”。这只是肯定一项规则，即：一个国家有权取消一个已被他方破坏的条约。[③] 如果一个国家诉诸战争因而违反该公约，被攻击的国家和该公约其他签字国就对该国不再担负不诉诸战争作为国家政策工具的义务。[④] 它们在这事项上就恢复它们在缔结公约以前依据国际法所享有的行动自由。公约本身既沒有明文规定其他制裁，也沒有规定其他制裁的意图。但是，虽然公约本身沒有规定特殊的制裁，然

① 见上卷，第133目。

② 例如，关于宪章第二条第四项。

③ 见上卷，第547目。

④ 基于这个理由，公约的序文似乎并不构成它的两个主要条款的实质补充。因此，关于序文对公约的重要性的讨论，多半是理论性的。国际常设法院曾经一再提到各种条约的序文。在签订该公约之前的来往文件中，澳大利亚曾在其1928年7月18日的照会中坚持必须把序文视为公约的完整部分。

而对公约规定的违反就构成对公约所有签字国的国际侵害行为，因而这些签字国可以不必作战而有权采取国家责任原则所许可的自助或其他救济方法。它们可以实行报复；它们取得了干涉的权利；无论作为交战国或中立国，它们有权使违法的交战国担负战争所引起的损失的责任。象其他国际义务的情形一样，沒有关于制裁的特殊规定，并不影响该公约的法律性质。① 这也不影响违反公约的犯罪性(以别于单纯的非法性)。一个犯罪行为是和那些可以由受害一方提起诉讼的违约行为或侵权行为不同的，它的本质是它损害了整个社会而可以由整个社会予以惩罚。行为的严重性、破坏性和恶毒性也不是与决定行为的犯罪性的问题无关的。根据这些标准，对巴黎公约的蓄意违反构成一个国际犯罪行为。② 它已经不是一般的侵略战争——即违反一个明文规定的义务而从事的战争——的问题。它是违反一个已经废弃战争作为主权国家的国际特权的根本条约而从事战争的问题。这样发动的战争的犯罪性可能以下列理由——这些理由是毫无根据的——加以否认：（甲）按照国际法，国家本身是不能作犯罪行为的；(乙)代表国家作行为

① 这就是说，为了保证该公约的法律性质而把它解释为包含有使它有效的特殊义务，是既不必要也不许可的。特别不许可的，是把该公约签字国中的中立国对违约的交战国加以歧视（见第 292 目——8 至第 292 目——9）或拒绝承认由于违反该公约的战争所造成的协议或局势的道义上义务解释为一种法律义务。但是，作为公约签字国的第三国有权拒绝承认这种协议或局势，或一般地说，有权对违约的交战国予以歧视。1932 年 1 月 7 日美国致中日两国的同文照会称：美国“无意承认任何以违反中日两国以及美国所参加的 1928 年 8 月 27 日巴黎公约的约定和义务所造成的局势、条约或协定”。关于反对用报复来改变中立法的理由，见第 292 目——9。国际法学如果要想正当地促进巴黎公约的实效，它只要证明该公约已经为法律的相应改变铺平道路就行了。实际上把这些改变采纳成为国际法的一部分或者作为国际法的一部分予以实施，则是各国政府的事情。

② 即使各种谴责侵略战争并使侵略战争成为犯罪行为的各种国际声明的累积结果本身并不构成一个使侵略战争成为犯罪行为的习惯规则，这一点仍然是可以成立的。

的个人不能因违反国际法而负刑事责任。这两个论点都在设立纽伦堡[①]和远东国际军事法庭的宪章中以及该两法庭分别于1946年和1948年所作的判决中予以有力的和正确的驳斥。

**第52目——9 巴黎公约的终止** 巴黎公约没有明文规定期限；它与某些其他文件不同[②]，也没有明文排斥任何期限。该公约能否由于后一事实以通知解除，是可以怀疑的[③]。反之，我们认为，它应当被视为与和平条约相似，虽在订立时没有明文规定期限，但是不能片面加以废止。[④] 允许废约——即使其法律效果在相当时间之后才发生——不仅将违反公约所公开宣布的宗旨，而且在实际上会使该公约失去它的大部分实效。条约内包括关于条约期限或废止的规定(除和平条约外)，现在已经成为有关待执行的条约的外交实践的一个几乎普遍的规则；因而，巴黎公约没有提到它的终止，必须被认为是断定无意用通知方法终止该公约的另一个理由。考虑到该公约的目的和受其拘束的国家的数目，该公约必须被视为具有一种与习惯国际法规则相似的永久性。

**第52目——10 巴黎公约、国联盟约和联合国宪章** 巴黎

① 该法庭称：“本法庭认为，郑重废弃以战争为国家政策的工具，必然包含这种战争在国际法上为非法的命题；而那些策划并发动这种战争因而造成这种战争的不可避免和可怕后果的人，在这样做的时候，是作了犯罪行为。……有人争辩说，公约并没有明文规定这种战争是犯罪行为，或设立法庭来审判从事这种战争的人。在这个程度内，海牙诸公约所包括的战争法规的情形也是这样。1907年海牙公约禁止使用某种作战方法。这些方法包括对战俘的不人道待遇和类似事件。这些禁例之中有许多远在该公约订立之前就已经施行，但从1907年以后，则确定地成为罪行，可以作为违反战争法的犯罪行为予以惩罚；但是海牙公约并没有把这些行为指名为犯罪行为，也没有一句话规定或提及审判和惩罚罪犯的法庭。但是在过去许多年，一些军事法庭曾经审判和惩罚违反该公约所规定的陆战规则的个人。”

② 例如，关于1930年伦敦海军条约第四部分关于潜艇的规定，见第194目——1。

③ 见上卷，第538目。

④ 见上卷，第538目。

公约规定废弃以战争作为国家政策工具，而国联盟约则除了若干次要例外以外仅对于诉诸战争规定了程序上的限制，这一事实导致了试图修改盟约以便使其规定与巴黎公约的规定相一致的尝试，但这些尝试都没有成功。① 进行这些尝试的理由是，盟约必须和巴黎公约“取得一致”。实际上，这两个文件之间并无矛盾。盟约并不能使国联各会员国在后来的条约中业已放弃的权利（这里指的是诉诸战争的权利）存在下去。② 同样地，虽然联合国宪章由于不但废弃了战争的权利——单独和集体自卫除外——并且废弃了

① 1930年国联行政院委派了一个委员会来考虑已提出的修正案。该委员会提出的修正案主要是包含一些修改盟约本文的建议，以便取消国联会员国依照现行盟约——第十二条第一款、第十四条第四款、第十五条第七款——所给予它们的诉诸战争的权利。该委员会还建议，鉴于已提出的关于盟约下的战争权的废止，行政院依据第十五条第七款所一致通过的建议应对各当事国有拘束力。这些已提出的修正案没有被大会所通过。有些国联会员国不肯同意这些修正案的主要原因，是害怕这种修正案如果被接受，就可能增加对战争的现有限制，从而间接地扩大遇有违反盟约时实施制裁的义务的范围。

② 公约对各国主管当局所具有的宪法上的宣战权的影响是一个国内法事项，不必在这里加以讨论。有人认为，在美国，其效果可能是限制国会的宣战权。见第93目。有些国家在巴黎公约订立之前就已经有这种性质的一般规定。例如，1891年的巴西宪法第八十八条规定：“巴西合众国在任何情形下都不得直接或间接地、独自或与别国联盟，从事征服战争。”1928年，巴西援引了这一条来说明它拒绝签署巴黎公约的理由。1934年的巴西宪法第四条在前引的第八十八条的那一句话前面加上下述规定：“巴西只有在不能诉诸仲裁或仲裁失败的情形下才得宣战。”关于对宣战的宪法限制，一般地见第93目。由一国废弃战争的一个早期例子，是1792年4月法国国民议会的命令：“法兰西民族兹废弃从事任何以征服为目的的战争，并将永不使用武力以反对任何人民的自由。”1946年的法国宪法的序文规定如下：“法兰西共和国忠于其传统，遵守国际公法的规则。它将不从事任何以征服为目的的战争，并将永不使用武力以反对任何人民的自由。法国在相互条件下，同意为组织与保卫和平所必要而限制主权。”1949年德意志联邦共和国宪法没有明文废弃战争，但其第二十六条规定如下：“意在扰乱各人民间友好关系的和以这种意图而作的行为，特别是以从事侵略战争为目的的行为，是违反宪法的，并应受到惩罚。”1947年意大利宪法第十一条规定：“意大利摈弃以战争作为侵犯其他人民的自由的工具和作为解决国际争端的方法；它同意在相互条件下，为建立一个能够保证各民族间和平与正义的秩序而对主权作任何必要的限制。”

诉诸武力的权利，因而比巴黎公约更进了一步，但是，这一事实并不意味着这两个文件之间有任何矛盾。宪章虽然和巴黎公约不同，规定了当事国在不能用自行选择的方法解决争端时将争端提交安全理事会的积极义务，① 但是，这也不意味着它和巴黎公约之间有任何矛盾。因此，宪章在许多方面——特别是在一般地禁止诉诸武力，以别于单纯地禁止战争这一点上——规定了比公约更多的义务。但是，由于公约沒有规定片面解除公约义务的法律可能性，它在级别上是比宪章本身还要高的。

**第 52 目——11 巴黎公约在国际法上的地位** 巴黎公约是两个最重要的国际条约之一（另一个是联合国宪章），因此有必要试对其在国际法体系中的地位加以评估。从其所宣布的目的来看，该公约的缺点已在本章中论及。这些缺点是：禁止诉诸战争在什么程度上包括禁止次于战争的武力措施，这点不很清楚；沒有关于对违反公约的权威断定的任何规定；沒有规定集体执行该公约义务的办法，这项办法至少要做到减轻现有中立规则的严格性，使法律破坏者蒙受不利；② 沒有在公约中明文规定公约各签字国之间的争端应提交有拘束力的解决的义务。这些缺点严重地损害了公约的政治意义及其被遵守的希望。但从法律上说，公约的规定是极其广泛的，而公约的宗旨不能实现的危险不在于它的规定的正常运用，而在于各签字国加以违反的可能性。

巴黎公约的订立标志着国际法上一个根本改变，并且消除了反对承认国际法为一个法律体系的主要理由。在公约订立之前，国际法作为一个法律体系的主要缺点并不在于缺少一个国际立法机关或行政机关，而在于承认战争为一个正常的法律制度。巴黎公约

① 第 37 条。见第 25 目——4。

② 见第 292 目——8 至第 292 目——9。

改变了国际法的这一情况。从此以后，从法律上说再也不能象公约订立以前那样，不论把战争作为法律救济方法或作为改变法律的工具而诉诸战争了。诉诸战争不复是公约各签字国自由决定的特权；它已成为其他签字国所正当关切的事项，因为它们的法律权利因从事破坏公约的战争而受到损害；① 它成为必须在巴黎公约所准许的一些例外情形中寻找根据的一种行为。在法律上，这些例外的范围与巴黎公约对于国际法体系所引起的改变的规模相比，是不大的。在公约订立后的很短时期内它的规定就一再被违反的事实，不应认为减损了它的法律重要性。但是，这些违反事件倾向于表明，如果在制订这样的一般性文件的同时沒有也向建立国际社会的有效政治组织的方向作平行的发展，它们的实际潜在力就可能是虚幻的。由于这种性质的庄严义务一再被破坏而使国际法的权威遭受的损害，能否从废弃以战争作为国家政策工具所必然产生的看法的逐渐改变中得到充分补偿，必然是一个有爭论的问题。这种考虑也适用于联合国宪章；正如上文所指出的，由于宪章不但禁止诉诸战爭，而且也一般地禁止诉诸武力以及战爭和武力的威胁，它超过了巴黎公约。由于巴黎公约在其性质和目的上是永久的，并且代表着国际社会的法律结构的一个根本改变，它应被视为是继续存在的，并且是国际法体系的基石之一。尽管它沒有被纳入联合国宪章之內，这样说也是正确的。

---

① 法英两国在通知国际联盟说它们与德国之间的战争状态从1939年9月3日起开始存在时声称：德国由于对波兰作了侵略行为，已经违反了它对波兰和巴黎公约其他签字国的义务。

# 第二编　战　争

## 第一章　战争概说

### 第一节　战争的特征

**第 53 目　战争与国际法**　由于现代国家的疆界之内两个或两个以上公民之间的武装争斗是非法的，因而公共舆论认为公民之间的武装争斗是和国内法相抵触的。许多人受着这个事实的影响，同时也受着近来废弃以战争为国家政策工具的权利的影响，①往往也认为战争是和法律相抵触的。这种看法忽视了一个事实，即：由于国家是主权的并且因此在国家之上没有强制遵守国际法的中央权力机关，因而在现有情况之下战争是不能完全避免的。国际法承认这个事实，但同时包含有一些义务对诉诸战争的权利加以限制，并且规定有若干规则，这些规则是各交战国习惯上或依据特别约定，同意在彼此之间发生战争时予以遵守的。因此，虽然交战国之间的和平关系由于战争爆发而终止，然而它们之间仍然有某些相互的法律责任和义务。这样看来，战争并不是和国际法相抵触的，而是国际法所规定的一种情况。

**第 54 目　战争的概念**　战争是两个或两个以上国家通过武装部队的争斗，其目的在于彼此制服并由战胜国对他方强加以它所任意要求的和平条件。战争是国际法所承认的并在许多方面为国际法所规定的事实，然而不是国际法所确立的事实。有些作者

① 见第 52 目——8 至第 52 目——11。

在非战公约订立以前把战争界说为对于他国的加害行为取得补偿的一种自助的法律救济方法。他们忘记了交战双方往往只是为了政治理由而进行战争的；他们把战争的可能的但完全不是必然的原因和战争的概念混为一谈。当国家为着政治理由而被迫从事战争或故意发动战争时，战争并不是法律上所承认的自助行为；而且，不论是为了法律性质的争端还是为了政治性质的争端而从事战争，战争法规是同样适用的。

**第 55 目 战争是一种争斗** 无论如何，大家一致承认，战争是一种**争斗**，也就是一种**使用武装力量的剧烈斗争**。一个国家对另一个国家事先未经宣战而采取的片面的武力行为可以是战争爆发的原因，但是，只要他方不以类似的敌对行为相回答，或至少不声明它认为这些武力行为是战争行为，①这些武力行为本身就不是战争。因此，一个国家对另一个国家为进行报复或在进行干涉的情形下实行平时封锁时所作的武力行为，不一定是开始战争的行为。并且，即使是一个国家对另一个国家所非法采取的武力行为——例如占领另一个国家的领土的一部分——，只要另一方不以武力行为相对抗，或至少不声明它认为这些武力行为是战争行为，这些行为也不是战争行为。②

虽然战争是一种争斗，是使用武装力量的剧烈斗争，但在战争中可以附带地采取其他措施。这些措施包括建立封锁、禁止运载禁制品或对敌贸易、或拿捕海上敌产。这一切措施的目的都在于削弱或摧毁敌人经济上的反抗力量；但是，不使用武装力量，这个目的是不能达到的。

---

① 关于不正式宣战的意义，见第 93 目附注。

② 关于这些武力行为在何种程度上符合现有的和平解决的义务，上面已经讨论过，见第 52 目——1、第 52 目——11。

**第 56 目 战争是国家之间的争斗** 只有**国家之间**①的争斗才能算是战争。在中世纪，有私人之间的战争，所谓私战，也有团体——例如汉撒——和国家之间的战争。但在近代，这种战争已经完全绝迹了。当然可能发生一个国家的武装部队与一群武装私人之间的争斗，但是这不是战争。例如，1896 年 1 月詹姆森博士率领的袭击者与前南非共和国之间的争斗就不是战争。对叛乱团体或对海盗的争斗也不是战争。所谓内战②不一定从一开始就是国际法的专门意义上的战争，而且可能自始至终没有成为这种战争。另一方面，不应否认宗主国与其附庸国之间的武装争斗③的战争性质，虽然从宪法的观点来看，附庸国的行动可能是叛乱。再者，联邦的一个或一个以上成员邦与联邦本身之间的武装争斗必须认为是国际法上的战争。虽然按照联邦的宪法，成员邦之间以及任何成员邦与联邦本身之间的争斗是非法的，因而从宪法的观点来看，一个成员邦诉诸武力可以正确地被称为叛乱，但是以上说法还是正确的。例如，1861 年至 1865 年美国国内南北各成员州之间的“分离战争”是一个真正的战争。④

**第 57 目 战争是国家之间通过武装部队的争斗** 在原则上，战争是国家**通过武装部队**的争斗。各交战国的不直接或间接属于武装部队的私人并不参加战争；⑤他们既不进攻，也不防御；因此，也不应该向他们进攻。这是实践演变的结果，而与以前流行的实践完全不同。在上古和大部分中世纪时期，战争是各交战国全部

① 韦斯特累克说：“战争是政府以武力进行争斗的状态或情况。”关于战争法规是否适用于国际社会一个成员与国际社会之外的一个民族之间的争斗问题，见上卷第 26 目至第 29 目。

② 见第 59 目。

③ 见第 75 目。

④ 有些作者认为，这种争斗一经承认交战地位后即成为战争，见第 59 目。

⑤ 见第 57 目——1。

居民之间的争斗。在战争时期，一个交战国的任何人，不论是否携有武器作战，不论男女，不论成年或未成年，都可以被交战国他方所任意杀害或执为奴隶。但是，一种较宽大的和更有区别对待的实践逐渐成长起来。现在，不直接或间接属于各交战国武装部队的交战国私人，他们的生命、自由以及——除某些例外情形外——他们的私人财产，都受国际法的保护。

这是一般所承认的，虽然关于私人财产不是普遍承认的。但是，关于私人在战争中的一般地位，意见并不一致。第一次世界大战以前的三个世代之中，大多数欧洲大陆作者曾经宣传一种学说，认为交战国与这种私人之间以及各交战国的私人之间并无敌对关系。这个学说可以溯源到卢梭。1801 年，在法国捕获法院开庭时，著名的律师和政治家波达利斯采取了卢梭的学说，宣称战争是国家之间的关系，不是个人之间的关系，因此，各交战国的人民作为兵士才是敌人，作为公民就不是敌人。虽然这个新学说沒有立即被推广出去，但是自从十九世纪下半叶以后，欧洲大陆上大多数作者都加以宣扬。然而，英美两国作者从来沒有采纳这个学说，而始终认为交战国之间的敌对关系也适用于它们的私人公民。

我们相信，如果无偏见地考虑到战争的实在情况，特别是参照两次世界大战① 中的发展来观察战争，毫无疑问，英美的见解是正确的。把公民和他们的国家分开，是不可能的，两个国家之间发生战争只能使它们的公民成为敌人。这个争论主要是名词问题，而沒有任何实际的后果。② 因为，除了名词之外，大家对于国际法上关于不直接或间接属于武装部队的私人的规则，在实质上是意见

① 见第 57 目——1。

② 但许多大陆作者曾利用卢梭的这句话来为某些论点作辩护。霍尔说："这是攻击拿捕海上私有财产的权利的论辩的出发点。"

一致的。沒有人怀疑到，如果这些私人在行动上是和平和忠诚的，他们的生命和自由是应该得到安全的；并且，除了某些例外情形以外，他们的私有财产也是触犯不得的。另一方面，也沒有人怀疑到，按照一般公认的近代战争的习惯，一个占领对方领土的一部或全部并且按照国际法规则宽待这种私人的交战国，却可以就他们所作的任何敌对行为对他们加以惩罚，因为这些私人不享受武装部队人员的特权。虽然国际法并不禁止私人拿起武器来对抗敌人，而且作为国家之间的法律也无权禁止他们这样做，然而国际法承认敌国有权将私人所作的敌对行为[①]视为非法战争行为。一个交战国有尊重敌国私人的生命和自由的义务，但这种义务只有在敌国私人不对该交战国作敌对行为的条件下才能履行。由于战时军事占领，这些私人处于占领国的军事权威（但非属地最高权）[②]之下，因而该占领国可以要求他们遵从它所发布的关于它的部队安全的命令。占领军司令官通常发布布告，向敌国私人说明他们的地位。

由于他们的地位，他们所作的敌对行为，尽管可能是出自爱国的动机，而且可能受到本国同胞的高度赞扬，却不可避免地要被占领国认为并指明为犯罪行为。按照国际法的一个一般公认的习惯规则，未经组织为一个集体运动并在一个负责当局领导下活动[③]的私人敌对行为，不是合法的战事行为，可以依照国际法对行为者予以惩罚。

**第 57 目——1　影响武装部队与平民之间的区别的现代发展**　由来已久的武装部队人员与平民之间的区别受到了第一次世界大

① 见第 254 目。
② 见第 166 目至 172 目。
③ 见第 60 目、第 80 目和第 81 目。

战期间及其后所发生的五项发展的深刻影响:

(一)**战斗员数目的增加**——在以前,战争是由常备军所组成的为数较少的部队来进行的,而现代战争则由庞大的武装部队来进行,这种武装部队通常包括一切适于携带武器的男性居民。不仅那些在平时实行征兵而在战时继之以总动员的国家是这样,而且通常只在战时实行征兵的国家也是这样。

(二)**从事战争准备工作的非战斗员数目的增加**——战斗员数目的大量增加以及现代战争机械化的结果是,从事制造军火和战争器材和一般地为海、陆、空军事行动和准备工作服役的男女非战斗员的数目相应地增加了。许多国家制订了法律,使全部成年居民为进行战争而贡献其服务,并在某种程度上贡献其财产。

(三)**空战的发展**——飞机在战场之外轰炸军火工厂、桥梁、铁路车站、工业中心,以及其他对军事交通和军事准备工作有价值的目标,被认为是合法的。这一事实就必然有使武装部队人员与平民之间的区别模糊起来的倾向。①

(四)**经济措施**——对于敌人施行经济压力,一向就是合法的;但在过去,它的作用只是次要的,而在现代战争中,则已经成为首要的了。其结果是,虽然战争基本上仍然是国家之间使用武装部队的争斗,但是平民已经不能免除战争所造成的艰难和困苦。

(五)**极权国家的兴起**——在一种所谓极权制度的政治体系中,个人的生命和财产不论在平时或战时都完全由国家支配并以严格管制的方式用于战争经济的目的。这种极权制度的蔓延使得武装部队和平民之间的区别在许多方面更显得是虚假的。

但是,虽然这些因素的效果是在许多方面使已确定的区别模

① 见第214目——5至第214目——7。

糊起来，并使对若干现有规则的修改成为必要，① 然而这些因素对于非战斗员不得成为敌方武装部队直接攻击目标这一基本规则并无影响。原子战争的合法性问题就必须从这一观点加以判断。②

**第 58 目　战争是国家之间为着彼此制服的宗旨而进行的争斗**　战争的最后的但非最不重要的特征，是它的宗旨。战争是国家之间为着彼此制服的宗旨而进行的争斗。战争的这种宗旨不应与战争的目的③ 相混淆，因为不论战争的目的是什么，这些目的只能通过一个交战国制服另一个交战国而实现。这样由一方打败另一方而迫使战败者遵从战胜者所提出的任何要求，就是战争的宗旨。要制服敌人，就有必要取得胜利；而正是这种必要性一向被用为所有战争的恐怖、人命的牺牲以及财产的破坏和领土的蹂躏的借口。在战争中，除了国际法对各交战国所加的限制外，一切种类和一切程度的武力都可以用来实现战争的宗旨。

**第 59 目　内战**　战争的这些特征应有助于决定所谓内战是否专门意义上的战争。上面已经说明，④ 一个联邦与其成员邦之间的武装争斗，即使联邦可以正确地称之为叛乱，也应该被认为是战争，因为双方都是真正的国家。这种武装争斗可以称为广义的内战。按照内战的严格意义，当一个国家内两个对立的团体为着夺取国家的权力而诉诸武力，或者一个国家内大量居民武装起来反对合法政府时，就发生内战。由于战争是国家之间的武装争斗，这种内战不一定从开始就是专门意义上的战争，它也可能始终不成为这种战争。但是，它可以由于承认争斗双方或承认叛乱者为

① 例如见第 214 目——5。
② 见第 116 目——1。
③ 见第 66 目。
④ 见第 56 目。

交战团体,而成为战争。① 经过这样的承认,一群的个人就为着某些目的被视为国际法主体,② 因而取得了国际地位。这样的承认可以由合法政府给予,然后其他国家可以——而且也许应该——承认战争状态的存在并且承担中立的义务。但也可能发生这样的情形:其他国家在发生叛乱的国家予以承认之前先承认了叛乱者为交战国。在这种情形下,在这些其他国家看来,这个叛乱是战争,而在合法政府看来,则不是战争。③ 既然遵守一般公认的作战规则是承认交战地位的条件之一,那么其他国家的承认就提供了叛乱者具有遵守这些规则的能力和意愿的证据。因此,其他国家的这样承认,就使合法政府尽管拒绝承认也不得不承担一种强大的道义义务——十分近似法律义务——按照人道主义性质的战事规则对待叛乱者。④

**第 59 目——1 日内瓦公约与内战** 1949 年的四个日内瓦公约⑤ 一致规定,在公约缔约国之一的领土内发生非国际性的武装冲突的情形下,冲突各方应最低限度适用若干属于基本性质的人道主义的规定。例如,公约规定,不实际参加敌对行为的人,包括放下武器的或由于病、伤、拘留或任何其他原因而失去战斗力的武装部队人员在内,"在一切情况下应予以人道待遇,不得基于种族、肤色、宗教、信仰、性别、出身、财力或其他类似标准而有所歧视"(第三条,这一条是第一章的一部分,而第一章包含着"总则",

① 见第 76 目和第 298 目。

② 见上卷第 63 目。

③ 见第 298 目。

④ 劳特派特说:"按照目前的法律,一个国家拒绝承认举行叛乱并在事实上具有交战团体的特征的叛乱者为交战团体,并拒绝给予交战团体的权利,并不违反国际法的任何明确规则。但是它忽视了作为战争法的基础并在本质上与斗争双方的形式上地位无关的一些原则。"

⑤ 见第 118 目和第 125 目。

在四个公约中都是一样的)。公约特别禁止对这种人员进行谋杀、残伤肢体、虐待、酷刑和一般地对生命与人身施以暴力;作为人质;损害个人尊严;未先经具有文明人民所承认的司法保障的正规组织的法院的宣判而遽行判罪和执行死刑。伤者和病者应予收集和照顾。① 冲突各方可以② 缔结特别协定,使公约的其他部分发生效力。

另一方面,公约明文规定,上述规定并不影响冲突各方的法律地位。这是特别指明,遵守公约所规定的原则并不等于合法政府方面承认叛乱者为交战团体。因此,虽然合法政府有义务给予投降的叛乱者以人道待遇,但它有权把他们以叛国罪或其他罪名交付审判——当然受着公约所规定的司法保障的限制。但是,只要叛乱者自己遵守公约的规定而且只要他们不作肆意谋杀或其他构成战争罪的行为,那么按照公约的精神,叛国罪的审讯和执刑应减少到当时情况所需要的绝不可少的最低限度。这一点是如此,特别是因为关于战俘待遇的公约第四条把"自称效忠于未经拘留国承认之政府或当局之正规武装部队人员"包括在战俘的定义之中。拘留国固然有权对于战俘就所作的普通犯罪行为和被俘前所犯的战争罪行以及在俘期间所作的犯罪行为加以审理,③ 但是对于在本质上是叛国或叛乱的政治罪的行为所引起的审判必须极端审慎——除其他原因外,这是由于害怕引起报复的考虑。④

① 公约规定,红十字国际委员会或其他公正的人道主义组织得向冲突双方提供服务。

② 这可能是公约中所用"应"字的正确意义。

③ 见第 128 目。

④ 应予指出,公约第三条关于非属国际性质的冲突的规定,不仅对各缔约国并且也对"冲突之各方"加以义务。在这种限度内,公约与现代国际法的其他发展相一致,把个人和国家之外的实体看作国际权利和义务的主体。虽然公约否认有影响冲突双方的法律地位的意图,这一点也是如此。基本人权的尊重并不取决于对一个特定地位的承认。它也不因为叛乱者曾奋起对合法当局进行叛变而受影响。

既然合法政府承认叛乱者为交战团体的结果使该冲突取得国际性质，那么如果合法政府是日内瓦各公约的缔约国，而且如果被承认的叛乱者正式接受并适用这些公约的规定，日内瓦公约的规则就应该全部适用。① 否则，冲突各方在这方面象在其他方面一样，应适用公认的战争习惯规则。②

**第 60 目 游击战和抵抗运动** 游击战③ 是不构成有组织军队的一部分的一些武装团体在敌人占领的领土上进行的敌对行为。由于他们缺乏在公开战场上与敌人作战所必要的武力，因而他们的作战活动大都是秘密的和零星的。他们通常是战败军队的残余和居民所组成的；他们是为扰乱敌人和破坏敌人的交通而组织起来的。现在应该认为，这些人虽在被占领的领土上作战，只要他们符合海牙章程所一般规定使非正规部队得以享受交战国武装部队所享受的特权和待遇的条件，④ 他们就有权享受同样的特权和待遇。无疑地，这种部队是以小单位作战并且可以随时丢掉他们的制服或可从远距离识别他们的特殊标志，这就给占领国造成特殊的困难。但是，如果他们遵守海牙章程的规定并遵从战争规则，他们就不应被视为战争罪犯。在第二次世界大战后举行的战犯审判中，各法院正确地确认了这个原则——尽管各法院在一些特殊案件中，根据证据判定一些游击队员因不遵守海牙章程的规定而不能列为合法的交战者。按照海牙章程享受待遇的权利尤其

① 例如，见关于战俘待遇的公约第二条第三款。

② 必须指出，除了内乱中交战团体的承认所引起的问题外，作战规则对于未为其他交战国所承认的国家也是适用的。某一社会是否一个国家这一先决问题，当然可能是有争论的。它已被对方交战国之外的其他国家——尽管是极少数的国家——承认为国家的事实，提供了强有力的证据，证明它是一个国家，并且有权按照作战规则享受待遇。

③ 关于游击战术、突击队和破坏者，见第 81 目——1。

④ 见第 80 目。

是适用于对敌人的抵抗运动，这种运动虽然缺乏军事上的统一性，但为合法政府所授权的，并按照合法政府的命令而行动的。①

在现代情况下，在十九世纪曾经占优势并在某种程度上在1899年海牙会议对这个问题所达成的折衷办法中②表现出来的一种倾向是没有道理的，这种倾向是以全部国土已被敌人占领而无任何恢复希望之后的继续斗争是一种应加斥责的无意义的抗拒行为为另一个理由，而指责游击队的活动为非法。因为，在现代全球战争中，一个国家的全部被占领可能只是战争的一个插曲，在这插曲中合法政府虽然被迫退出国土，但仍与其盟国一起继续履行其责任。第二次世界大战期间许多欧洲国家被德国蹂躏和占领了好几年，就是这种情形。并且，当合法政府的部队重新进入国境驱逐入侵者从而使占领者的权威发生动摇而不再是没有对手的时候，居民自动组织起来攻击敌人的权利是没有理由予以否认的。③此外还有一个理由，即：海牙章程所确立的“不在占领下”的领土

① 例如，1944年9月荷兰王家紧急状态令给予“荷兰内地军”以荷兰军队的一部分的地位，理由是：“一切在解放国土时积极从事驱逐敌人的工作的人应视为武装部队人员”。在凡·胡弗·得费特诉火灾保险公司案中，多尔德雷赫特地方法院于1947年判称：即使在该命令发布之前，荷兰抵抗运动人员所作的行为也是“战争行为”。该法院在解释保险单中一项关于“因战争而发生火灾”的规定时判称，荷兰抵抗运动部队放火焚烧打谷棚的行为是一个由战争行为引起的火灾。由于1944年命令的结果，荷兰内地军已经取得荷兰陆军人员的正式地位。法院判称：考虑到现代战争的性质，不可能把战争行为的概念限于国家所征召和维持的有组织军队所作的行为。1943年，列日民事法院在所判决的斯摩尔德及皮西那提诉比利时王家有限公司案中，就一个意大利军官在南斯拉夫被杀的事件判称，在抗敌运动从未停止的被占领领土上对穿著军服的占领军军官的袭击，应视为一种战争行为，不在保险范围之内。

② 见第80目。

③ 1944年6月，当盟军开始进攻法国时，“法国内地军”被组成为一支军队，归一个法国高级军官统率。他们被盟国远征军最高统帅承认为组成他所统率的军队的一部分，并且曾经作这样的正式宣告。1947年对意大利和约的序文提到“包括政府部队和积极参加对德战争的抵抗运动的意大利武装部队”。

(这种领土上的居民可以在敌人接近时依据海牙章程所规定的条件自动拿起武器来)与在占领下的领土之间的区别,现在是不象过去那样严格了。大片地区可能由迅速前进的摩托化和装甲部队加以名义上占领,而留给分散的和自动组织起来的居民以进行合法抵抗的充分余地。

基于这些理由,1949年关于战俘待遇的日内瓦公约,比起看来只允许在敌人占领地区以外进行有组织抵抗运动的海牙章程是前进了相当大的一步。① 1949年公约第四条规定,不构成正规武装部队的一部分的民兵和志愿部队人员以及"冲突之一方所属……有组织之抵抗运动人员之在本国领土内外活动者,即使此项领土已被占领",如果他们符合下列条件,有权享受战俘的待遇:(甲)他们有一个为其部下负责之人统率;(乙)他们备有可从远距离识别的特殊标志;(丙)他们公开携带武器;(丁)他们遵照战争法规及惯例进行军事活动。

无疑地,即使有这样的具体规定,也不能免除下述情形所固有的困难,即:占领军的安全和被占领的领土的公共秩序受到了一种由于善于躲避并能迅速化装而加倍有扰乱能力的行踪飘忽的部队的威胁。如果占领者的军队和行政的安全受到一种由于秘密和化装而更能有效进行攻击、同时却要求享受为普通战斗员而规定的战争规则的保护的部队的威胁,那么占领者方面要履行其尊重当地平民的生命和自由的义务,就可能会相当困难。这些困难不能用占领者与抵抗者双方采取不可避免地要堕落成为战争罪行的残忍政策来解决。要解决这些困难,必须有远见地把坚定态度和对现在已经在日内瓦公约内具体化的法律规则和人道训条的遵守结合起来。特别是,给予这种人以附有必要司法保障的审讯的利益,

① 见第80目。

必须认为是一种绝对最低限度的义务。① 占领者的残忍和不分皂白的恐怖的政策——如1941年东欧占领地的德国当局所颁布的恶名昭彰的“巴巴罗萨管辖权令”② 所包含的——在意图和执行方面都是犯罪性的，并且被各战犯审判法庭确定为犯罪性的。

另一方面，在敌人已经正式投降以及扭转战争结局的希望已经完全地、并从各方面看来已经无可改变地消失之后，实行占领的战胜国就必须以人道主义的动机，而不是以单纯法律上的考虑作为其行动的指南。③

① 1948年纽伦堡美国军事法庭在德国统率部（威廉·李卜等）案的判决书中有关于对有充当义勇军嫌疑的人未经正当审讯即予处决的几段话。该法庭说：“下令对一些仅仅是嫌疑犯的人单凭嫌疑而无实据就加以处决的命令，显然是犯罪性的。依据该命令而执行死刑也是犯罪行为。所有发命令和传达这种命令的人，都应对于传达这种命令以及其所属部队对这种命令的实行负刑事责任。”在布仑斯等案中，挪威上诉法院在一个不十分确定的判决书中称，在占领期间在挪威进行活动并从在英国的挪威最高统率部接受命令的挪威军事组织人员的行为，并不违反国际法，特别是如果他们没有攻击军事目标的话；如果他们不遵守海牙章程关于公开携带武装的规定，他们就无权享受合法战斗员的特权；但是，德国当局对该组织的人员使用酷刑，则是一种战争罪行。

② 该命令的一部分规定如下：“（一）在奉到另外的命令之前，各军事法院无权管辖敌方平民所作的犯罪行为；（二）义勇军应由军队于战斗中或在其逃跑时予以无情歼灭；（三）所有敌方平民对武装部队、其人员及其辅助人员的其他攻击，也应由军队就地用最严厉的消灭袭击者的方法予以镇压；（四）如果不采取或不可能采取这种措施，有作这种行为的嫌疑的人应立即提到一个军官之前。该军官将决定这些嫌疑者应否枪决。”该命令声称，鉴于在东方的占领地区十分广阔，“只有不对犯罪者进行法律起诉，而用武装部队散布唯一能根除居民中任何反抗倾向的恐怖的方法来惩办一切抵抗，这些地区内现有的维持治安的部队才会够用。”1941年12月，德国最高统帅部发布了所谓“夜与雾”的命令，规定在占领区中，被控有反抗占领军的罪行的平民，只在可能被判处死刑时，才予以审讯。否则，他们将被交给盖世太保押往德国。纽伦堡国际军事法庭认为，该项命令的发布是德国最高统帅基特尔的战争罪行。

③ 1945年5月8日，在德国无条件投降之日，英国首相宣布，德国军队在战场的任何地方继续抵抗，将使他们失去战争法规的保护。1947年，一个在上海的美国军事委员会在路特·艾森特拉格等案中判决：若干德国国民在德国已经无条件投降后而美国还在对日本作战时，在中国对美国进行军事行动是有罪的。

## 第二节 战争的原因、种类和目的

**第61目 作战规则与战争的合法性** 在国际联盟盟约、非战公约① 和联合国宪章② 订立之前，一般认为，不论战争的原因是什么，并且不论原因是否所谓正义的原因，交战国之间以及交战国与中立国之间总是适用同样的法律规则的。鉴于上述各文件所表现的国际法的发展，这种看法已经不能无条件地予以接受。既然战争已经不是国际法所完全允许的一种权利或权力的行使③，那么一个非法战争——即违反一个国家所接受的、禁止战争制度的基本义务而进行的战争——就不再给予非法的交战国以传统国际法赋予交战国的一切权利，而传统国际法是以各国家有为执行和反对法律权利的目的而进行战争的无限权利为特征的。"不法行为不产生权利"是一项无可规避的法律原则。同时，鉴于战争规则大部分属于人道主义的性质，**在战争期间**这些规则是必须不问战争的合法性而予以互相遵守的。因为，这些规则在过去是大体上被一般遵守的——可能是因为这些规则并不严重妨碍战争的主要宗旨的实现。除非听任战争堕落成为不受怜悯心、骑士精神和尊重人类生命与尊严的任何拘束的野蛮的武力角斗，则继续遵守公认的战争规则是非常重要的。特别是鉴于在目前国际司法和政治组织的情况下可能无法对于哪个国家是侵略者的问题作出权威的判断，这一点更是如此。(应予指出，例如，只有安全理事会常任理事国的一致同意，才足以作出某一国家违反其宪章义务而诉诸战争的断

① 见第52目——6庚。
② 见第52目——1。
③ 见第52目——6戊。

定)。因此,应该认为,在战争期间,一切交战国都有义务尊重并且都有权利坚持彼此之间遵守公认的作战规则。例如,实行占领的交战国,即使是侵略者,也有权要求当地平民给以依据国际法规则对占领者所应给的服从。很难想象,如果不这样做,当地居民如何能期望得到按照国际法的待遇。这不过是一个例子,说明不论战争是否非法,都有维持施行战争规则的必要。①

但是,正如上面所说明的,这些考虑只适用于战争期间。在敌对行为结束之后,侵略者不得从其非法行为中取得权利和利益的原则就有适用的充分机会。因此,前交战国和中立国的法院有权并有义务对于侵略者关于征用和没收在其本国领土及其所占领的领土上的敌产②和捕获敌船和中立国船一类行为③所主张的权利,或为侵略者所主张的这种权利,拒绝给予法律效力。曾经有人正确地认为,关于因战争而废止条约的问题,如果法院承认由于侵略者发动战争而使条约当然中止,以致有利于侵略者,那是不适当的。因而,尽管国际法上有胁迫并不使条约无效的规则,然而胜利的侵略者所强加的和约是没有法律效力的。因为,这个规则只适

① 美国军事法庭于 1948 年在人质(关于威廉·李斯特等)案的判决中,关于入侵南斯拉夫和希腊是直接违反非战公约因而具有犯罪性质的论点,指出:"不能由此引申说,德国占领部队对人身和财产所作出的任何行为都是犯罪行为,而被占领国家的居民对德国占领部队所作的任何行为都因此成为正当防卫。"法庭强调指出,入侵是合法还是犯罪行为的问题,在该案件的情节中不是一个重要的因素。荷兰最高法院在威利·祖耳克案中称:"单纯根据德国发动战争的非法性的理由,把战争期中德国部队或其他机关对荷兰或荷兰人所作的一切行为都视为战争罪行,是太过分了。"

② 这特别是指,虽然在战争中不可能防止这种行为,但其他国家的法院不能正当地判称侵略者已经由于这种行为取得了权利,或它能有效地把权利转让给别人。用代价从侵略者取得财产的人们,应被认为是自冒危险的。

③ 哥本哈根海商法院 1947 年在阿得累德号案中没有采取这种见解。丹麦最高法院在该案中没有就这个问题表示意见。应予指出,1941 年日本参战时英国发布的对日本的报复令,是以日本从事非法战争为根据的。

用于国际法所不禁止的战争。① 类似的考虑也适用于侵略者认为用征服的方法所已经取得的权利。② 虽然国际法对于战胜者向战败的敌国所可能要求的媾和条件未加以限制，但在习惯上则不应强迫战败者赔偿在合法的战争行为所引起的活动中造成的损害。这一习惯，对于非法进行的战争，今后应认为缺乏法律上的根据③。按照严格的逻辑，可以认为侵略者杀害战斗员就是谋杀行为，而适当的惩罚就是这样犯罪行为的当然后果。在战争期间，就不能把逻辑推演到对侵略者的武装部队的活动采取这样看法的程度。④ 但是，就那些对非法战争的策划和发动负主要责任的人们而言，这个责任与纽伦堡国际法庭宣判前的公诉书所列举并为法庭所完全接受的最高的破坏和平罪是相等同的⑤。

这里所阐明的论点，如果是在本节开头部分所提及的基本文件被采纳之前的时期中提出，会是骇人听闻的。但是，这些论点是在这些文件所形成的国际法的实质和结构的根本变化的必然后

---

① 见上卷，第499目。

② 见上卷，第238目。

③ 凡尔赛条约第二三一条规定，德国承担"因德国及其各盟国的侵略所强加的战争而使协约及参战各国政府和它们的国民遭受的一切损失和损害"的责任。

④ 美国军事法庭在1947年判决的阿斯杜特号案中发表的下述意见是有关系的："如果我们采取一种见解认为，由于战争是犯罪性的侵略战争，因而所有在一个防御战中应为合法的行为在这个战争中都是非法的，那么，我们将不能不得到这样的结论，即：每一个奉命开进占领区或在本国领土上作战的士兵都是罪犯和杀人犯。起诉书所依据的陆战规则将不是行为的准则，而在任何案件中有罪的宣判也将只是一种形式而已。"

⑤ 必须根据这种意义去理解1946年英国首席检查官哈特莱·肖克劳斯爵士在纽伦堡国际军事法庭的开幕词中所表示的意见。他说："在国际法上和在自然法上，只有在战争是合法时，在战争中杀害战斗员才是正当的。但是，如果战争是非法的(例如，不仅违反非战公约，而且未经任何宣告而发动的战争，就显然是非法的战争)，那么，杀害是无可辩解的，而这些谋杀行为就与任何无法无天的匪帮的谋杀行为没有什么区别。"

果。这些变化如果要成为现实,就必须使其含义得到充分的实现。

同样地,中立国家有法律上的权利可以实行它们的道义上的义务,对侵略者加以差别对待,并依它们自己的判断,不给侵略者权利来要求中立国维持完全的公正不偏的态度。在有些情形下,中立国家为了它们自己的安全和不卷入战争的愿望,可能继续给予侵略者以公正不偏的待遇。但是,在任何时候,只要中立国家觉得有可能主张——象美国和其他国家在参加第二次世界大战以前那样主张——这样一个原则,即认为中立作为绝对公正不偏的态度的历史根据已因放弃和废止以战争作为国家政策工具而消失了,它们就不需要给予侵略者以公正不偏的待遇。[①] 对于那些受联合国宪章的义务拘束的国家而言,这种法律上的能力和这种道义上的义务,是具有法律义务的显明性质的。同样地,如果中立国的法院有可能这样做,情形也是如此——例如,如果在战争期间或在战争之后它们被要求对侵略者所取得的或转让的法律所有权宣判是否有效。因此,在上述的限度内,如果还认为传统的中立规则仍然毫无限制地适用于非法战争,而且侵略者可以从它的非法行为得到公正不偏待遇的无条件权利,那是不正确的。

**第62目 战争的原因** 战争的原因在于下述事实,即:人类的发展是与国家的发展密切联系着的。人口的不断增加,如果不加抑止或故意予以鼓励,终将迫使国家不得不获取更多的领土;如果领土不能以和平方法取得,而国际法又未能提供符合正义的和平改变方法,就只有以征服方法取得领土了。民族统一和独立的要求,两个或两个以上国家间的竞争、民族野心的觉醒、传播宗教和政治信仰的企图、攫取富饶殖民地和新资源的贪欲、被陆地包围的国家取得海岸的愿望、原来的小国想成为世界强国的努力,以及其

① 见第292目——子1。

他无数的因素，从有史以来，都在制造战爭的原因，并在我们的时代仍然发生它们的作用。① 政治家和各国政府还没有准备依据下述的看法采取行动，即象在国家之内一样，在国际上必须有不用武力而由国际社会的立法行动来改变现存权利的途径。它们也没有准备依据下述的看法而进行活动，即在尚未成立这种机构和尚未实现这种改变之前遵守并集体执行具有强制管辖权的法院所解释和适用的法律是比武力解决更有利于正义和真正的国家福利的。

**第 63 目和第 64 目　战争原因的正义性**　只要战爭是公认的实现现存权利和改变法律的国家政策工具，战爭的原因是否合乎正义就没有什么法律意义了。为任何目的而进行战爭的权利，是国家主权的特权。这样看来，任何战爭都是正义的。现在，由于联合国宪章禁止诉诸战爭和非战公约废弃以战爭作为国家政策工具，法律情形已经改变了。② 和从前一样，国际法并不过问引起战爭的纠纷的是非。但是，为着许多法律上的目的，现在似乎又可能区别正义的和非正义的（或合法的和非法的）战爭了——非正义战爭是指违反宪章和非战公约而从事的战爭。③

---

① 在这些促成战争的原因中，经济原因曾经受到很大的重视。我们认为，经济利益的冲突固然是国际摩擦的一个最重要原因，然而把它们看作必然引起战争的原因，是不正确的。一国之内的经济冲突通常并不引起内战，也不因而使法治中断。它们是在法律范围内发生并在法律范围内解决的。在国际社会中，战争的主要原因在于国际组织的不完善；国际组织迄今一方面既不能对国家课以强制性司法解决的一般义务并对违反现有义务而诉诸武力的行为加以有效制止，另一方面又不能提供一个和平改变现有法律的有效办法。

② 见第 52 目——8 和其后各目。

③ 见第 61 目。基于这个理由，虽然就适用于作战行为的实际战争规则而言，某一战争的原因是否正义是无关紧要的，但是现在有一种趋势，使这样解释的战争原因在下述两方面成为很重要的：（一）在战争期间，对各中立国的态度的影响（见第 292 目——9），（二）在战争结束时，对于任何试图确定战争责任的努力。因此，近来又有恢复正义和非正义的战争原因的区别的试图，特别是关于格老秀斯所提出的当正义被危及时应有参加战争的义务的概念。

**第 65 目 为集体执行国际法而从事的敌对行为** 虽然为了国际法的——特别是联合国宪章的——集体执行而从事的敌对行为会表现出战争的通常特征和外观，但是把这种敌对行为称为传统意义的战争，可能是不正确和不适当的。例如，1950 年，当联合国部队根据安全理事会的一项决议从事击退北朝鲜对南朝鲜的入侵时,不论联合国的整体或参加的国家,都无意把宪章第七章所称的执行行动视为正式意义的战争。并没有对北朝鲜宣战。不把这种行动列入国际法在传统上所了解的战争同一范畴之内，是符合有组织国际社会的基本文件的集体执行的尊严和宗旨的。国际法在传统上所了解的战争——不论是合法的还是非法的、侵略性的还是防御性的——其目的是为了某一国家的利益。集体执行的目的则是和一国之内对法律破坏者执行法律相似的。无疑地，基于上面已经说明的理由,① 象在非法战争中一样(但绝不超过这样的限度),为了执行国际法而集体进行的敌对行为，也必须适用作战规则。在朝鲜，联合国所进行和为联合国而进行的战斗就是这样，当时统率联合国部队的当局曾经发表声明说明这点——特别是关于象 1949 年日内瓦公约所包含的人道主义的作战规则。也可能在相当时间内，国际社会会发展一套规定集体使用武力的适当规则和原则。这并不妨碍参加集体执行法律的国家制订立法，使它们能够采取它们的国内法通常认为在有正式战争状态时才能采取的措施。②

**第 66 目 战争的目的** 战争的原因从战争一开始就决定着

① 见第 61 目。

② 例如,在英国,为了使对敌贸易法、陆军法、国外投效法、关于叛国罪的法律等有关规定能够实施,也许可以制订一个“联合国(执行和平)法”，以便在国内法范围内把为了执行宪章所进行的敌对行为与专门意义上的战争同样看待。

那个战争的目的。战争的目的不应与战争的宗旨混为一谈。[1] 宗旨总是一样的——即制服和彻底击败对方——，而目的则可能按情形而不同。在战争开始时，战争的目的决定于战争的原因。但是战争的目的可能在战争进行和发展中发生变化或至少有所改变。除非有特殊的条约义务，一个交战国并沒有道义上或法律上的义务，在其对方准备承认引起战争的目的时停止战争。[2]

## 第三节 战争法规

**第 67 目 战争法规的起源** 战争法规是国际法中关于作战的规则。现行战争法规的根源应追溯到中世纪后半叶所发生和逐渐成长的交战国实践。在中世纪大部分期间，战争实践的毫不留情的残酷性，由于基督教和骑士精神的影响而开始逐渐改变。虽然这些实践在十五、十六和十七世纪还是相当残酷的，但比起更早的时候已经是温和的了。在十八世纪有了肯定的进展；而在拿破仑战争之后，特别是从 1850 年到第一次世界大战爆发的年代里，又有了肯定的进展。个别的较温和的实践逐渐成为惯例——所谓战争惯例或战事方式。这些惯例通过习惯和条约而成为法律规则。战争法规与惯例的全部成长是受三项原则决定的。第一项原则是，一个交战国可以正当地使用为实现战争宗旨——即制服对方——所必要的任何分量和任何种类的武力。第二是人道主义原则发生作用，人道主义原则要求，交战国不得使用非为制服对方所必需的一切种类和程度的暴力。第三是骑士原则的作用，这项原则

---

[1] 战争的目的也不应与陆战和海战的目标相混淆，见第 103 目和第 173 目。

[2] 国际法学会于 1934 年通过的关于报复的决议与此不同；该决议中，除其他事项外认为：诉诸报复的国家必须“不改变开始实行报复时所决定的目的”。

发生于中世纪，它带来了在进攻和防守中的某种程度的公平态度和某种的相互尊重。与以前的野蛮的残酷做法不同，各交战国逐渐采取了一种看法，认为对伤者、战俘和不参加作战的私人予以照顾，并不妨碍战争宗旨的实现。①

**第 68 目　战争法规的几项最重要的发展**　战争法规的几项最重要的发展是 1850 年以后大多数国家所订立的下述几个一般性条约所造成的:

（一）1856 年 4 月 16 日关于海战的巴黎宣言。该宣言废止了私掠船制，承认了中立国旗帜保护非禁制品的敌货和在敌国旗帜下的非禁制品的中立货物不得夺取等原则，并制订了封锁必须有实效才有拘束力的规则。该宣言由七个国家签字，但后来差不多所有其他海洋国家都相继加入了。②

（二）1864 年 8 月 22 日关于改善战地陆军伤兵境遇的日内瓦公约。该公约原先只有九个国家签字，但后来差不多所有文明国家都相继加入了。1906 年 7 月 6 日，三十五个国家签订了一个新的日内瓦公约，并有几个其他国家加入。第一次和第二次海牙和平会议将该公约的各项原则适用于海战。③

（三）关于禁止在战争中使用重量在四百公分（十四盎斯）以下的爆炸性的或装有易燃物质的投射物的 1868 年 12 月 11 日圣彼得堡宣言。该宣言由十七个国家签字。

（四）1899 年第一次海牙和平会议所通过的制订关于陆战法规的章程的公约。

上述最后一个公约的历史可以追溯到美国在内战期间于1863

---

① 见第 57 目。

② 见第 177 目。

③ 见第 204 目。

年4月24日颁布的«关于管理战地美国陆军的训令»。这项训令由纽约哥伦比亚学院法兰西士·利伯教授起草，是战争法规编纂的嚆矢，甚至到现在还是有很大的价值和重要性。但是，直到1899年海牙和平会议，各国才集会重新讨论战争法规的法典编纂。该会议通过了一个公约，经后来大多数参加会议的国家批准，只有少数国家没有批准。

1907年第二次和平会议修订了这个公约，并以第二次和平会议的第四公约来代替它。正如该公约序文所明文指出的，该公约①的目的并不在于制订一个完整的陆战法典。该公约范围以外的事项仍然按照习惯规则和惯例办理。并且，如第二次世界大战后各审判战争罪行的法庭所屡次确认的，②该公约的大部分规定是宣示现行的习惯国际法的。基于这个理由，它只具有有限的重要性。该公约第二条包括有所谓“普遍参加条款”，③规定海牙章程只有在两个或两个以上缔约国交战时才对缔约国有拘束力，而在非缔约国参加战争的情形下，即不再有拘束力。④

① 为简便起见，第四公约在下文中将称为“海牙章程”。这个章程虽然是要用以拘束所有交战国，但是并不想包罗一切。它是各签字国对其部队拟定训令的基础。第一条宣称：“缔约各国应对其陆地武装部队颁发符合于附于本约的陆战法规和习惯的章程。”因此，英国陆军部于1912年发布了一本指南，即埃德蒙兹上校和奥本海教授奉陆军大臣之命所写的«陆战：陆战法规和惯例释义——供英国军队军官遵行»。这本«释义»系统地叙述了海牙章程，并将该章程全文列为附录。这本指南于1914年被包括在新版的官方«军事法手册»之内。英国陆军部已经于1903年发表了一本霍兰德教授草拟的供英国部队参考的一本手册，其中包括“1899年海牙公约所规定的陆战法规和习惯”。1902年德国发表了一本为指导其军官用的«陆战惯例»。第一次世界大战爆发前，许多其他国家也发表了手册：例如法国的«陆战法规»(1913年第四版)和美国的«陆战规则»(1914年)。1934年3月，法国公布了关于海战的训令。1938年7月，意大利发表了它的战争和中立章程。

② 关于“普遍参加条款”，见第69目——1。

③ 见第69目——1。

④ 当第一次世界大战发生时，该公约还没有经所有交战国批准，它的拘束力是有争论的。迦纳认为，已经批准的1899年的相应的公约是有拘束力的，而1907年公约除了宣示现行的习惯规则的部分外，是没有拘束力的。见第69目——1。

（五）关于膨胀（达姆）弹的海牙宣言。[①]

（六）关于从气球上投下的投射物和爆炸物的海牙宣言。[②]

（七）关于散布窒息性或有毒气体的投射物的海牙宣言。[③]

（八）第一次和平会议所订立并经第二次和平会议修正的将日内瓦公约原则适用于海战的海牙公约。[④]

（九）1907年关于战争开始的海牙公约。[⑤]

（十）1907年关于战争爆发时敌国商船地位的海牙公约。[⑥]

（十一）1907年关于商船改充军舰的海牙公约。[⑦]

（十二）1907年关于敷设自动触发水雷的海牙公约。[⑧]

（十三）1907年关于战时海军轰击的海牙公约。[⑨]

（十四）1907年关于海战中限制行使拿捕权的海牙公约。[⑩]

（十五）1907年关于陆战和海战中中立国和中立国人民的权利和义务[⑪]的两个海牙公约。[⑫]

关于第一次和第二次世界大战后的发展情形，可以注意下列几项：

（一）1925年关于战争中使用窒息性的、有毒的和其他气体的议定书。[⑬]

---

① 见第112目。
② 见第114目。
③ 见第113目。
④ 见第204目。
⑤ 见第94目。
⑥ 见第102目——2。英国于1925年11月14日宣告废弃该公约。
⑦ 见第84目。
⑧ 见第182目——1。
⑨ 见第213目。
⑩ 见第85目、第186目、第187目、第191目。
⑪ 见第292目。
⑫ 关于1949年的情形，见本卷附录。关于1909年的伦敦宣言，见第292目。
⑬ 见第113目。

（二）1929年关于病者、伤者[1]和战俘[2]待遇的各日内瓦公约。

（三）1936年关于对商船使用潜水艇的伦敦议定书。[3]、[4]

（四）1949年在日内瓦签订的四个公约，是关于（甲）战俘待遇；[5]（乙）改善战地武装部队伤者病者境遇；[6]（丙）改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇；[7]（丁）战时保护平民。[8]

**第69目 战争法规的拘束力** 一旦战争惯例通过习惯或条约成为战争法规，除了因一个交战国的武装部队人员或其他人民的非法战争行为而对该交战国实行报复[9]的情形外，这些惯例在任何情况下对各交战国都是有拘束力的。许多德国作者在第一次世界大战之前曾经主张，依据德国的谚语"战争的必要优于战争的方式"，在极端必要的情形下，战争法规就失去它们的拘束力。他们认为，如果只有违反战争法规才能避免极端的危险或实现战争的宗旨——即制服敌人——，这样的情形就发生了。但是，这种所谓对战争法规的拘束力的例外情形，甚至并未为德国作者所普遍

① 见第118目。

② 见第125目。

③ 见第194目——1。

④ 第六届美洲国家国际会议于1928年2月20日在哈瓦那通过了一个海上中立公约。美国于1932年3月批准该公约。1938年，挪威、芬兰、丹麦和冰岛通过的斯坎的那维亚中立规则，也有相当重要性。这些规则是由这些国家遵照1938年5月27日达成的谅解而分别发布的。它们同意，这些规则未经事先协商，不得更改。

⑤ 见第125目。

⑥ 见第118目。

⑦ 见第204目。

⑧ （甲）（乙）（丙）所列的公约均在本卷的有关部分加以全面讨论，而最后一个公约主要涉及四个问题，将分别加以讨论。这四个问题是：（甲）交战国领土内敌侨的待遇（见第100目——1）；（乙）病伤平民的保护和平民的安全地带的设立（见第100目——2）；（丙）交战国领土和占领地内被拘禁者的待遇（见第100目——1）；（丁）占领地内平民的待遇（见第172目——2）。

⑨ 见第248目。

接受。英、美、法、意等国作者似乎都不承认这个例外。韦斯特累克对这个例外的抗议是特别有理由的，因为如果承认了它就会发生极大的危险。

这个谚语发生在战争史上很早的一个时期。在它发生并得到承认的时候，战争还不受战争法规(即具有普遍拘束力的习惯和国际条约)的调整而只受惯例(即战争方式)的调整；因此，这个谚语说：战争的必要优于战争的惯例。但是，近代战争已经不仅受惯例的调整，而在更大限度上受法律——国际条约或一般习惯所承认的巩固的规则①——的调整。这些约定和习惯规则不能为必要所推翻，除非它们是规定不适用于有自保必要的情形的。例如，禁止使用有毒武器和毒物、不得背信弃义地杀死或伤害属于敌军的人员等规则，即使破坏它们就可以避免极端的危险或者可以实现战争的宗旨，也不失去它们的拘束力。因此，一个英国的军事法庭于1945 年判决的皮留斯号案中判称：一只德国潜水艇的艇长为了消灭击沉船只的痕迹以免被追踪起见，用机枪射杀了一些抱着一块破船碎片的被击沉船只的幸存者，是不能以必要为辩护的。它认为，潜水艇的正当办法是尽早离开沉船的地点。② 许多法院曾坚决反对下述一种看法，即：为了保证战争的胜利，采取军事必要主义是正当的。③海牙章程第二十二条明文规定：交战国采取伤害敌人的方法的权利不是毫无限制的。这个规则在发生必要的情形下并

① 关于惯例和习惯的区别，见上卷，第 17 目。

② 同样地，一个美国军事法庭将若干德国士兵判罪，因为他们被盟军包围而藏匿起来的时候，为了保证自己安全而杀死了一个战俘(1945 年判决的梯尔等案)。

③ 1949 年纽伦堡美国军事法庭在密耳区案(1948 年)的判决书中称："战争中必有一方战败，这是战争的本质；有经验的将军或政治家在他们起草陆战规则和习惯时，是了解这一点的。简言之，这些规则和习惯是特别为着战争的一切阶段而制定的。"在克虏伯案(1949 年)中，法庭有同样的说法；在该案中，被告以德国的严重的经济紧急状态作为参加掠夺占领地的理由。

不失去其拘束力。在有军事必要的情形下可以置诸不顾的，不是战争法规，而只是战争惯例。①

**第69目——1 普遍参加条款** 在第一次世界大战前订立的海牙公约中，有些公约的有效性似乎由于订有所谓"普遍参加条款"而受到相当的损害；这个条款规定，公约只有在所有交战国都是公约缔约国时才有拘束力。这个条款的效果，在严格法律上说，是使有些公约从战争一开始，或在战争进行期间，只要有一个非签字国——不管是多么不重要的——参加了交战国的行列，就失去它们的拘束力。② 在有些这类的事例中，英国法院曾拒绝根据这个理由把一个公约视为无效；③ 在另外一些事例中，各公约的大部分实质规定，凡体现着习惯国际法的规则的都被有效施行。④ 这就是纽伦堡国际军事法庭在1946年采取的看法。该法庭说："公约所表现的陆战规则，无疑是比它们被采用时所存在的国际法前进了一

① 因为，自保的必要构成非法行为的宽恕理由这个一般性规则在这里是不适用的，因为第四海牙公约序文明文宣称：作战规则的制定是照顾到军事必要的；"按照缔约各国的意见，这些规定的措词是出于在军事需要许可的范围内减轻战争祸害的愿望的，制订这些规定是要使它们成为各交战国之间以及各交战国和居民之间关系的一般行为规则。"换言之，在起草规则时已经把军事必要考虑在内。而且，有些关于作战方法的协定规则实际上是受着军事必要的明文规定的限制。例如，海牙章程第二十三条(庚)和1906年日内瓦公约第十五条。1948年纽伦堡美国军事法庭判决的德国统帅部(威廉·李卜等)案中，就是参照前一条款而认为被告所下令执行的全面破坏并不一定是违反海牙公约的。同样地，1948年该法庭在人质(关于威廉·李斯特等)案中，曾经在某些条件下承认根据第二十三条(庚)所作的以必要为理由的抗辩。上面正文中所引证的例子证明，承认以必要为理由的抗辩并不是战罪审判的判决的典型做法。德国最高法院于1922年和1924年判决的一些案件中曾根据自保主义允许违反海牙章程。

② 腊斯马森指出，关于战争法规和习惯的1899年公约，只是在1917年8月利比里亚(它不是该公约的缔约国)成为交战国之前是有拘束力的。

③ 在淡发女郎号等船案(1922年)中，森姆纳勋爵按照这种精神拒绝"对公约作咬文嚼字的解释"。

④ 古特称，虽然在第一次世界大战期间，1906年的日内瓦公约由于普遍参加条款而没有正式的拘束力，但只有一个国家(德国)利用了这个例外规定。

步。但是公约明白声称，它是企图"修改"那些它承认为当时存在的"一般战争法规和习惯"的。但是，到了1939年，该公约所规定的这些规则已经被所有文明国家所承认，并被认为是宣示战争法规和习惯的……。"① 基于这种理由，法庭认为，虽然捷克斯洛伐克不是1907年海牙公约的缔约国，但该公约所表现的陆战规则是宣示现行国际法的，因而是完全可以适用的。同样地，苏联不是关于战俘待遇的日内瓦公约的缔约国，因而该公约对于苏联与德国的关系是沒有拘束力的，但是，各战罪法庭认为，这一事实并不足以允许违反关于战俘待遇的公认的国际法原则。② 事实上，1929年关于病者伤者待遇和关于战俘待遇的各日内瓦公约，均明文拒绝采用普遍参加条款。③ 另一方面，已经批准1925年关于使用窒息性的、有毒的和其他气体的议定书④ 的各国，包括英国在内，曾经附加一项保留称，如果任何交战国的武装部队或**它的同盟国的武装部队**不遵守议定书所规定的禁例，该议定书对于该交战国而言就停止其拘束力。这一保留的效果可能是，在一个相当数目的交战国参加的战争中，一个无论多么小的国家在一个遥远的战区中的行动，就可能成为普遍取消该公约的约束的起点。⑤ 就实际上彼此接触

① 1948年远东国际军事法庭的判决表示了完全相同的看法。它声称："虽然把公约的规定作为一个有拘束力的条约予以遵守的义务可能因'普遍参加条款'的作用或其他理由而被否认，但该公约仍不失为习惯国际法的有效证据，法庭应把它和一切其他可能取得的证据放在一起予以考虑，以决定在某一特定情况下所应适用的习惯法。"

② 这是联合国纽伦堡国际军事法庭在1948年判决的德国统帅部案中的见解。该法庭大段引证了日内瓦公约的许多规定，认为它们"明白地表现了文明国家所公认的见解"，因而对德国是有拘束力的。

③ 见第124目——1和第130目——1。

④ 见第113目。

⑤ 还有两个限制战争规则的有效性的因素可以一提：(一)报复制度，这种制度虽然旨在保证对于战争规则的遵守，但可以并且曾经被利用为不遵守战争法规的方便护符(见第248目和第249目)；(二)以上级命令为抗辩理由的问题(见第253目)。

的敌对交战国而言，某种形式的“参加”条款显然是必要的。但是相互性和条约有效性这两种要求并不是不可调和的，而通过制订较不硬性的和要求较低的参加条款无疑地是可以取得进展的。1949年的各日内瓦公约① 在很大程度上达到了这个目的，它们一律规定，“冲突之一方虽非缔约国，其他签订本公约之国家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束”。而且，各公约还规定，如果非本公约缔约国的交战国接受并实施本公约的规定，则即使对该交战国的关系也受本公约的拘束。这个重要的新规定的有效性，并不因必须由其他一方来决定对方交战国是否在事实上实施它所未正式参加的公约的规定而有所减损。因为，第一，这种断定必须依照信实原则作出。第二，就大多数协定的和习惯的战争法规而言，都不可避免地必须由每一个交战国来断定对方是否遵守战争规则。因为，实际的相互性是各交战国遵守战争规则的一个主要的和公平的条件。如果对方公然和故意违反战争规则，就不可能希望任何交战国对于这样的对方会遵守这些规则而不实行报复（除受更高的人道主义考虑的限制外）。这是正确理解的普遍参加条款的意义。

## 第四节 战 区

**第70目 战区与战场不同** 战区是各交战国可以准备和进行彼此间敌对行为的地球表面的一部分。在这个意义上，“战区”和“战场”应有区别。战场是实际发生敌对行为的一部分陆地、海洋或天空。② 在法律上说，不是战区的地方就不能作为战场；然而，

① 见第126目。

② “战区”与“战场”的区别虽然相当重要，但在过去似乎还没有任何其他作者作

并非整个战区的每一部分都一定是战场。例如，在英国与西南非共和国的战争中，英帝国的全部领土(包括它的领水)和公海以及南非共和国的领土，都是战区，但战场则只限于南非。另一方面，在两次世界大战中，战场与战区差不多是相等的。

**第 71 目 特殊战区** 战区随交战国而不同。因此，至少就领土地区而言，每一个战争有它的特殊战区。因为，除了公海① 和一切未为任何国家所占领的土地(这种土地总是在战区范围之内的)以外，每一战争的特殊战区就是各交战国的全部领土和领水。但

---

这样的区别。从海牙章程第三十九条和第五海牙公约第十一条看来，这个区别是十分显明的："战场"是指实际发生敌对行为的那一部分领土。在自治领煤公司诉麦斯金嫩兹轮船公司案中，一只船是否被租船者命令前往"战区"进行贸易的问题是很重要的。但是，显然，双方所指的不是上述意义的"战区"，而是"战场"。这个区别在公海方面，是特别明显的。例如，临检和捕获的权利可以在整个战区中行使；而水雷只能在战场中，即在实际作战的地方敷设。因此，战区是不变的，而战场则是可以移动的。在其中非法进行敌对行为的中立国领土，似乎属于"战场"范围之内。

① 各国能否以单方宣告把它们的中立领海的宽度扩大到三海里以外，从而缩小战区？法国以 1912 年 10 月 18 日的命令主张，为了中立的一切目的，领海宽度为六海里。第一次世界大战爆发后，当意大利还是中立国时，它也以 1914 年 8 月 6 日的命令主张六海里宽度的中立领海。英国曾经作为政策上的考虑，命令它的巡洋舰尊重意大利所主张的六海里。但是，德国捕获法院关于艾立达号案(1915 年)的判决以及英国和挪威政府所达成的为了劳肯号案(1918 年)的判决应承认三海里限界的协议，似乎都表明，各交战国并不准备承认任何国家的中立领海可以超过三海里的主张。1939 年 10 月，美洲二十一国(包括美国在内)的代表发表了一项宣言，规定："作为大陆自卫的措施，美洲各共和国在它们维持中立期间，具有固有的权利，使在它们所认为对于在它们的关系中极关重要并有直接用途的美洲大陆附近的水域内不发生任何非美洲交战国的任何敌对行为。"宣言划定了这样主张的地带的广阔地理范围。1939 年 12 月，在蒙得维的亚海战之后，美洲各共和国根据上述宣言向英、法、德三国提出了联合抗议。该抗议引证了该宣言中最主要的一段，并称之为美洲各共和国的"无可争辩的权利"。英国在其答复中正确地声称，该宣言就其含有要求各交战国放弃其合法权利的意思而言，在国际法上是没有根据的，不是中立国方面以片面行动所能强加的。由于这项要求是以自保行动的权利为根据，很难认为它是符合国际法对于允许这种行动所规定的严格要求的(见上卷，第 130 目)。

1915 年和 1916 年，美国政府虽然要求停止"在紧接美国领水之处"进行巡弋和观察，但认为它的抗议并不是以这种行动的非法性为根据的。

是，地球上任何已经永久中立化①的部分就总是在战区范围之外。

既然殖民地是帝国或母国的领土的一部分，因此不论它们在帝国或母国之内的地位如何，它们处于帝国或母国与其他国家之间的战争的战区之内。② 由于在另一个国家宗主权之下的国家，在国际上在若干方面被认为是宗主国领土的一部分，③ 因而是处于宗主国与其他国家之间的战争的战区之内的。④ 由另一个国家所共管或管理的国家⑤ 的领土处于共管国之一或管理国与其他国家之间的战争的战区之内。例如，在第一次世界大战中，塞浦路斯岛⑥立即处于战区之内；英国与埃及共管的苏丹也是如此。

虽然，一般而言，交战国双方的领土和领水以及公海都处于战区之内，而中立国的领土则不在战区之内，但是可能发生一些例外情形：

（一）一个交战国可以有意识地放弃其将某些领土或公海的某些部分视为战区的权利，只要这些地区履行中立国所应尽的义务。例如，在 1911 年和 1912 年的土意战争中，意大利不把克里特

① 见第 72 目。

② 关于英自治领的“当然交战地位”问题，见上卷，第 94 目——2。1939 年 9 月，新西兰、澳大利亚、加拿大和南非以不同程度的独立决定并在不同日期宣布与德国处于战争状态。英国于 1939 年 9 月 3 日对德国宣战。同日，澳大利亚和新西兰宣布战争状态。澳大利亚总理宣称，“英国已经宣战，因而澳大利亚也处于战争状态之中”；新西兰政府采取同样的见解。两国的立法机关后来赞同了它们的政府所采取的态度。南非由于议会投票的结果，于 9 月 6 日参战。加拿大经国会投票通过后，于 9 月 10 日颁发王家公告，宣布自即日起加拿大与德国处于战争状态。爱尔兰自由邦宣布中立。

③ 见上卷，第 91 目和第 169 目。

④ 但在克里米亚战争中，当时是在英国保护下的一自由独立国家的爱奥尼亚群岛，未处于战争状态。

⑤ 见上卷，第 171 目。

⑥ 后来，塞浦路斯岛为英国所吞并。见上卷，第 171 目(二)，附注。

和埃及看作战区的一部分。①

（二）一个中立国领土的一部分或全部处于战区之内的情形是可能的。在以下场合就发生这种情形：中立国的领土本身成为战争标的物，如俄日战争中的朝鲜(当时是一个独立国家)和中国的满洲省；② 或一个中立国被一个交战国所侵入，如 1940 年丹麦被德国侵入的情形；③ 或一个中立国故意不阻止或由于缺乏足够强大的海军而未阻止一个交战国在它的领水内进行敌对行为并把它的领水作为军事活动或军事准备的基地。这些领水因此就成为战区的一部分，④ 另一交战国也就可以在那里进行敌对行为。同样地，如果一个国家给予另一个国家以在其领土上建立海军或空

① 毫无疑问，意大利采取这种态度是因为埃及当时虽然在法律上是在土耳其的宗主权之下，但实际上是由英国占领，而克里特则是被列强强迫留在土耳其宗主权之下的。在第一次世界大战期间，埃及在英国对其宣布行使保护权以前和以后的地位是大不相同的。

在戈腾菲尔斯号案(1915 年)中，英国枢密院采取霍尔的说法，认为在一个交战国军事占领下的第三国领土，对于另一交战国而言，就成为敌国领土。关于埃及现时的地位，见上卷，第 91 目。

② 见第 320 目。

③ 虽然英国把丹麦视为战区，并为对敌贸易法的目的视为敌方领土，然而英国避免使丹麦领土遭受空战的全部严酷后果。同时，英王也不要求法院判决没收丹麦的船舶。这些船舶在战争期中被征用，但英王承允于战后归还船主。法院确认了捕获程序中的这个新办法。

④ 在法国法院判决的提诺斯号案(1917 年)中，提诺斯号和其他十二艘德国商船在第一次世界大战中于 1916 年 9 月在几个希腊港口的碇泊所为协约国所捕获。因为当时希腊还是中立国，这些船只的德国船主从这些船只在中立国领水内被捕为理由要求发还；但法国捕获法院判决予以没收，因为敌国连续采取的敌对行为已经把希腊领水变成战场的一部分。希腊没有要求这些船只，因为它不久就参加了协约国方面。在利占里亚号案中，法国捕获法院判称：德意两国的军事行动，已使突尼斯就行使捕获权的目的而言成为战场。在安娜·玛丽亚号案中，法国捕获法庭判称：法国部队在法国的被保护国突尼斯所作的捕获行为是有效的，因为依据法国与突尼斯所订的条约，法国当局有权占领它认为保护海岸所必要的地点。该法庭并称，德意两国部队在该领水内，使该领水成为战场，因而可以合法行使捕获权。

军基地的权利，这种权利的让与（假定并不完全损害该国家的中立地位）就使依据条约交由交战国处理并由其实际使用的那一部分中立国领土成为战区。①

但是，如果在这样的例外情形下，中立国领土成为战区和战场，而为一交战国所军事占领，该占领国对于所占领的土地和其居民就不具有象它在占领敌国领土上所具有的那样广泛的权利。它固然可以采取一切为其部队安全所必要的措施；但是它不能索取捐献或没收属于中立国财产的现款、基金或可兑现的证券。

**第 71 目——1 托管领土作为战区** 在讨论托管领土作为战区的地位的问题之前，为方便起见，可先追述一下托管领土的前身——即委任统治地——在这方面的情况。根据委任统治的原则，委任统治地应在战区范围之外。它们不能被认为当然取得受任国的交战地位。它们的居民，以他们作为委任统治地居民的资格，在对于与受任国正在进行战争的国家的关系上，并不成为外国敌人。因为，虽然受任国负有处理委任统治地的对外关系的责任，但委任统治地不是受任国领土的一部分，它们的居民也不是受任国的人民。另一方面，由于委任统治地是由受任国管理的，委任统治地与受任国在许多方面是有密切关系的。这一事实必然影响到它们的法律地位。例如，由于在经济上不可能把委任统治地视为外国，委任统治地就不可避免地要参加许多针对敌国的经济措施。其次，依据各委任统治协定的规定，②受任国的武装部队驻扎在委任统

① 依据 1939 年 10 月 10 日苏俄与立陶宛之间的条约，苏俄有权在立陶宛领土的某些地点驻扎一定数量的陆、空武装部队。10 月 5 日与拉脱维亚的条约也允许俄国建立空、海、陆军基地。依据当时缔结的条约，拉脱维亚和爱沙尼亚也给予俄国以类似的便利。依据 1938 年与爱尔兰自由邦订立的协定，英国解除了爱尔兰自由邦依据 1921 年协定第六条和第七条关于使用某些爱尔兰港口作为海军基地的义务。南非关于西蒙斯敦港也负有同样性质的义务。

② 巴勒斯坦委任统治协定第十七条规定："受任国有权在任何时候使用巴勒斯

治地，并有调动的完全自由。既然如此，受任国除了受委任统治制度的基本原则的限制①外，就有权将其有关的战争立法适用于委任统治地，而它的敌国也就有理由把实际上供陆、海、空作战使用的委任统治地那一部分领土视为战区。1939年9月对德战争爆发时，英国的对敌贸易法规定，它的规定可以适用于任何英国所受任统治的领土；1939年的捕获法适用于英国、澳大利亚和新西兰所管理的委任统治地。②

托管领土的地位在很大程度上决定于下述事实，即：依据宪章第八十四条的明文规定，管理当局“得利用托管领土之志愿军、便利和协助，以履行该当局对于安全理事会所负关于此点之义务，并以实行地方自卫，且在托管领土内维持法律与秩序。”这个规定间接地排除了实行征兵制度的权利，但除此之外，它似乎使管理当局有可能在它进行不违反或符合其宪章义务的敌对行为时，把托管领土完全视同战区。这包括由于管理当局受到违反宪章的攻击，或管理当局未受直接攻击但参加对侵略国执行宪章规定而引起的敌对行为。在所有这些情形下，管理当局有权把托管领土作为自己的

---

坦的公路、铁路和港口以调动武装部队和运载燃料和供应品。”叙利亚和黎巴嫩委任统治协定第二条有同样的规定。乙类和丙类委任统治协定包含有禁止受任国在委任统治地上建立防御工事或陆、海军基地的规定，但这些限制可能与上述甲类委任统治协定的条款所规定的那种通过权并无不一致之处。

① 这些原则包括：除为抵御对领土的实际的或即将发生的攻击的目的外，禁止施行强制兵役制。法国的各委任统治协定明文准许在委任统治地之外使用这种军队。1941年5月10日发布了一项命令，使英国人民和巴勒斯坦公民可以参加巴勒斯坦志愿军，以便“协助正规军从事为在巴勒斯坦边境以内或以外保卫巴勒斯坦或保证其内部安全所必要的措施。”在阿吉劳尼诉愿案(1948年)中，密歇根地方法院判称：虽然巴勒斯坦原先被列为中立国，但它在事实上由英国统治，因而不是一个中立国。

② 1939年9月，在海法设立了一个禁制品基地。巴勒斯坦高级专员发布一个公告，宣布英国与德国之间发生战争；同时，巴勒斯坦最高法院被授权行使捕获法院的职权。1939年12月，德国送致有国民参加委任统治委员会的各中立国家照会一件，对于它所认为英、法两国为战争目的使用委任统治地一事表示抗议。

领土加以使用。[1] 在这个限度內，托管领土就成为战区——而侵略国如果超过进行敌对行为所必不可少的最低限度的需要以外把托管领土视为战区，它就在它的主要非法行为以外罪上加罪了。基于同样理由，如果管理当局自己是侵略者，它就无权将托管领土供其进行非法战爭之用。如果它有效地遵守了这个义务，那么，在这个限度內，其他国家应把托管领土视为不在战区范围之內。

**第 72 目 因中立化而被置于战区之外** 某些地区可以由于中立化[2]的结果而被置于战区之外。这种情形，可能由于各国所订立的一般性条约的结果而成为永久性的；也可能根据各交战国之间的特殊条约而是临时的。黑海的中立化已于 1871 年废止，[3] 现在公海就沒有任何部分是中立化的了。下面是现在或曾经一度被永久中立化的领土的若干重要实例：

（一）沙百莱和福西尼两省在第一次世界大战后的重新调整之前曾被永久中立化。[4]

---

① 这是补充第八十二条的规定，而对该规定并无妨碍。第八十二条规定：托管协定可以指定一个或几个包括托管领土的一部或全部的战略防区。见上卷，第 94 目——11。

② 下述三个名词容易发生混淆：（一）**非军事化**，是指两个或两个以上的国家以条约规定不在领土的某一特定地区设防或驻兵；其目的通常是为了消除因边界事件引起冲突的机会，借以防止战争，或为了禁止在边界上集中军队，以保证安全（例子见第 25 目——8，附注，并见上卷，第 205 目和第 206 目）；（二）**中立化**，这应当和用条约对一个整个国家的独立与完整予以国际保障的程序及所产生的状况相区别（见上卷，第 95 目至 101 目）——例如瑞士；这里所说的中立化是指用条约将一个国家的领土的一部分排除于战区之外，从而使在该领土上作战争准备或战争行动成为非法的（例子见第 72 目）；（三）**国际化**，这一名词还没有确定的意义，但已经开始被用以指由条约规定供一切或很多国家公共使用的领土或领水的一部分的地位；这样公开供一般使用的地区也可以加以中立化，例如苏伊士运河和巴拿马运河，但是似乎没有理由认为非如此不可。

③ 见上卷，第 181 目和第 256 目。

④ 见上卷，第 207 目。

（二）爱奥尼亚群岛在合并于希腊王国时曾被永久中立化。①但依据 1864 年 3 月 24 日的伦敦条约第二条，这种中立化只限于科孚群岛和巴克索岛。②

（三）依据 1878 年的柏林条约第五十二条，多瑙河的河口和河流的若干部分禁止军舰通航。③刚果和尼日尔河及其所有支流为 1885 年的柏林刚果公约第二十五条和第三十三条所中立化；但是，这个公约就其对于参加新公约的各国的拘束力而言，已于第一次世界大战结束时被废止了。

（四）苏伊士运河从 1888 年起被永久中立化。④巴拿马运河是通过 1901 年 11 月 18 日的海一庞斯福条约而被永久中立化的。⑤但是，这个条约不是各国的一般性条约，而只是英国和美国之间的条约。⑥

（五）麦哲伦海峡是通过阿根廷和智利之间的 1881 年 7 月23日的布宜诺斯艾利斯疆界条约第五条而被永久中立化的。

以上两种情形所规定的中立化只与各缔约国有关，而对于第三国是沒有影响的。

（六）1920 年 2 月 9 日，美国、英帝国、丹麦、法国、意大利、日本、挪威、荷兰和瑞典订立一个条约，承认“挪威对于斯匹次卑尔根群岛的完全与绝对主权”，而挪威承允不在上述领土上建筑任何海军基地或防御工事；“**该领土永远不得使用于任何战争目的**”（第九

① 由于 1863 年 11 月 14 日伦敦条约第二条的规定。

② 但在第一次世界大战期间，协约国占领科孚，用为塞尔维亚军队的休息营地。

③ 关于第一次世界大战后就多瑙河所作的规定，见上卷，第 178 目。

④ 见上卷，第 183 目。

⑤ 见上卷，第 184 目。并见本卷，第 325 目——3。

⑥ 但须注意：在温勃登号案中，国际常设法院提到苏伊士运河和巴拿马运河曾被“永久献给全世界使用”。基尔运河虽然在通行权方面与苏伊士运河和巴拿马运河相同，但不是和它们一样被排除在战区之外的。

条)。

(七)1921年，按照国联行政院于瑞典和芬兰之间的一个争端提请它解决时所作建议，属于芬兰的一群称为亚兰群岛的岛屿，由德国、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、英帝国、意大利、拉脱维亚、波兰和瑞典于1921年10月20日订立的一个专约予以中立化；依据该专约的规定，该群岛成为一个“中立区”，不得建筑防御工事或供任何有关军事行动的目的使用。①

(八)1923年12月18日，英帝国、西班牙和法国订立专约，将该专约所划定的“丹吉尔地区”“置于永久中立的制度之下”。②

(九)意大利与罗马教廷间的1929年拉忒兰条约第二十四条规定，梵蒂冈城在任何情形之下应视为中立和不可侵犯的领土。③

(十)1947年对意和约所附的里雅斯特自由区永久规章的第三条规定，该自由区应非军事化并宣告为中立区；除根据安全理事会的指示，不得有任何武装部队进入该自由区；自由区政府不得与任何国家成立或讨论任何军事安排或约定。④

**第73目　把波罗的海置于战区以外的主张**　目前，公海没有任何部分是被中立化的，这是受到普遍承认的，而且这也适用于被认为公海一部分的波罗的海。但是，某些作者在第一次世界大战前曾经主张，波罗的海各沿岸国有权在除它们自己以外的国家之间发生战争时禁止在该海上进行敌对行为，从而可以不经各交战

① 见上卷，第205目。1939年5月，芬兰与瑞典两国提请将亚兰群岛不设防和中立化问题列入国联行政院议程，以期予以废止。该问题因苏联政府的请求而延期讨论。1939年9月，芬兰颁布命令，禁止交战国的军舰进入亚兰群岛的领水。

② 见上卷，第94目，附注。

③ 见上卷，第106目。1943年7月，当盟军入侵西西里时，美国总统向教皇保证，“在整个军事行动期间，梵蒂冈城以及意大利各地的教皇领地的中立地位将予以尊重”。1944年6月，教廷发布一项继续中立的宣言。

④ 安全理事会第九十一次会议核准了该规章并接受该规章所加的责任。

国的同意，甚至违反各交战国的意志，而将该海中立化。这个意见是根据这样一个事实：在十八世纪，这些沿岸国曾经在几个专约中主张过这样的权利；但是，这种意见看来是不能成立的，因为它违反了普遍承认的公海自由原则。既然任何国家对公海任何部分都不享有领土最高权，那么，就很难认为这种主张有什么根据；而且事实上，在两次世界大战中，在波罗的海上曾经进行过敌对行为。①

## 第五节　交战国

**第 74 目　成为交战国的资格**　国际法既然承认战争的地位以及战争对各交战国之间和交战国与中立国之间的权利与义务的影响，那么就发生哪种国家在法律上有资格进行战争，因而成为交战国的问题。按照国际法，只有完全主权的国家才有成为交战国的法律资格；半主权国和部分主权国在法律上沒有成为交战国的资格。中立化的国家，如瑞士，是完全主权的国家，因而它们在法律上具有成为交战国的资格，虽然它们的中立化使它们除防卫外不得行使交战的能力。如果它们因被攻击而成为交战国，它们并不失去中立化国家的性质；但是，如果它们为了进攻的目的而成为交战国，它们就当然失去这一性质。

**第 75 目　成为交战国的可能性**　一切不具有成为交战国的

① 和这种情形不同的是特别专约对于某些建筑物所规定的战时特别保护。“中立”和“中立化”等名词虽然常被使用，但严格地说，是不适用的。例如，1865 年 5 月 31 日的丹吉尔条约第三条规定了斯巴特尔角灯塔的“中立”。又如，按照 1865 年 11 月 2 日在加拉茨签订的多瑙河航行公约第二十一条，欧洲多瑙河委员会所建造的一切工程和设施应享受“中立”的利益。1920 年 10 月 14 日芬兰与苏联之间的条约第十三条规定了芬兰湾内若干芬兰岛屿的“军事中立化”。1905 年 10 月 26 日挪威与瑞典之间的条约第一条规定在共同疆界的两边设置一个中立化地带。

法律资格的国家，在法律上都被禁止进行进攻或防御的战爭。但是，它们拥有武装部队使它们有可能在事实上进行战爭，因而成为交战国。历史载有这种国家实际上进行战爭的事例。例如，1876年，塞尔维亚和门的内哥罗当时虽然是土耳其宗主权下的附庸国，但对土耳其宣战，土耳其和塞尔维亚并于1877年2月28日締结和约。1877年4月，当俄国与土耳其间发生战爭时，当时为土耳其附庸国的罗马尼亚参加了俄国方面，而塞尔维亚又于1877年12月对土耳其宣战。在任何时候，如果一个沒有进行战爭的资格的国家竟然实际上进行了战爭，它就是交战国，那个爭斗就是眞正的战爭，国际法上关于战爭的一切规则也就对它适用。① 因此，宗主国与附庸国之间的或联邦与其一个或更多的成员邦之间的武装爭斗，都是国际法的专门意义上的战爭。②

**第76目　交战地位的承认**　进行战爭的法律资格与实际能力的区别，说明了为什么叛乱者可以经过承认而成为交战团体。承认交战地位的原则是与承认国家和政府的原则③基本上一样的。某些国际法不认为非法的事实情况——国际法并不把內战视为非法——为其他国家创设了承认交战地位的权利和义务。④ 这些事实情况是：存在着內战和普遍敌对行为的状态；叛乱者占领并在某种程度上有秩序地管理着相当大的一部分国家领土；在一

① 这是十分明显的，因为保加利亚当它还是土耳其宗主权下的一个附庸国的时候，就加入了日内瓦公约而成为该公约的缔约国。

② 见第56目。

③ 见上卷，第71目——1和第73目。

④ 我们认为，合法政府在任何情形下都有权主张交战地位和这一地位所产生的交战权利。例如，没有人认为英国在美国内战期间可以否认美国有权宣布封锁或一般地行使交战权利。但是，在1936年至1939年的西班牙内战期间，英国和其他国家曾经坚持对内战的任何一方拒绝给予交战权利。英国外交大臣1937年12月8日在下院声明中曾根据这个理由拒绝承认叛乱者所宣布的封锁。

个负责当局指挥之下作战的叛乱部队遵守作战规则；第三国有明确它们对这一内战的态度的实际需要。如果没有后一条件，交战地位的承认就可能被滥用以达到故意对叛乱者的事业表示同情的目的。如果没有这些事实情况，交战地位的承认就构成对发生内乱的国家的事务的非法干涉——这是与过早承认一个国家或政府相类似的一种国际侵害行为。① 如果有了这些事实情况存在而仍然拒绝承认交战地位，则应被认为是违反正当的原则②和先例的。③

虽然以正式宣告中立的方法承认交战地位的实例——如1861年5月英国承认美国南方邦联的交战地位那样④——是很少的，但是用其他方法承认交战地位的实例则并非鲜见。但是，对于每一事例必须注意，不要把被正当地称为叛乱地位的承认⑤当作交战地位的承认；叛乱地位的承认是指与叛乱当局的某种限度的往来和对它们所进行的某种作战活动的默认。⑥ 仅仅在内战进程中有广泛敌对行为的事实，本身并不证明可以进行承认或有承认

① 见上卷，第72目。

② 但是，相当多的作者认为，交战地位的承认，是一种对于叛乱者毫无限制的政治上自由决定的行为。韦斯特累克虽然怀疑被承认的权利是否已经成为法律权利，但"根据理性的理由"赞成把它视为法律权利。

国际法学会于1900年通过一套关于叛乱时期外国的权利与义务的规则。第四条至第九条是关于叛乱者的交战地位的承认问题。

③ 例如，1825年的坎宁关于希腊叛乱事发出信件称："从事战争的居民群众所取得的某种程度的武力和坚持性，使他们有权被视为交战者。"英国于1861年承认美国南方邦联的交战地位时，重申了这一见解。麦克奈尔举出了一些理由来支持一种看法，认为不能把坎宁的声明当作一个法律原则的陈述。

④ 英国发布中立公告是以美国总统曾对叛乱的州的某些港口宣布封锁为根据的。在此之前，在1821年，爱奥尼亚群岛的参议院曾就希腊叛乱发布中立公告。

⑤ 见上卷，第75目——1。

⑥ 史密斯认为，在1936年至1939年的西班牙内战期间，英国以自己的行动承认了叛乱者的交战地位。实际上，英国是一直拒绝予以承认的。

的义务。例如，在古巴对西班牙叛乱期间，美国曾以叛乱者还未建立有秩序的行政为理由，一再拒绝承认他们的交战地位。在1936年至1939年的西班牙内战期间，交战地位的承认被正确地拒绝了，因为在由于外国进行非法干涉因而敌对行为失去传统意义的内战性质的情形下，关于承认交战地位的传统规则是不适用的。①

**第76目——1 承认敌国人民为同盟交战者** 第三国的承认通常是不拘束母国的。仅管有这样的承认，母国仍然有权把叛乱者视为叛逆。但是，有时敌国的一部分人民为了要把他们的本民族从敌国的统治下解放出来而战斗，组成独立的军队，这种军队向被认为代表该民族的当局负责；承认这种军队的交战地位问题是有争论的。例如，1918年，在第一次世界大战期间，英国、法国、意大利和美国曾经承认捷克斯洛伐克人为共同交战者。② 1917年，对于包含相当数量敌国人民的波兰民族军也给予类似的承认。③ 曾经有人主张，象内战中的叛乱者的情形一样，敌国有权不

① 1938年7月，当英国和其他国家提出以外国武装部队从西班牙撤退为承认交战地位的条件时，这个条件绝不是企图使承认的义务成为讨价还价的对象，而是一种使斗争恢复内战的性质的正当努力，只有这样恢复了内战的性质，承认才是正当的。

② 海德可能是过分严格了，他把这一事件看作一种"交战活动的形式"，而不是承认的权利的行使。1939年，在对德战争期间，盟国曾经给予捷克斯洛伐克部队以类似的承认。但是，这些部队不是由敌国人民组成的。英国，美国和法国并未在法律上承认德国于1939年3月在波希米亚和摩拉维亚建立的被保护国，因此这些国家有权把在国外的捷克斯洛伐克部队视为法律上仍然存在的捷克斯洛伐克国家的重新编组的部队。1941年7月，英国和美国给予在伦敦的捷克斯洛伐克的政府以法律上的承认。

③ 1917年协约国承认了波兰民族委员会和波兰民族军。在波属上西里西亚德国利益案中，国际常设法院关于波兰依据停战协定提出的求偿判称：协约国承认波兰武装部队为同盟的、自主的和共同作战的军队这一事实，不能据以对抗未曾给予这种承认的德国。在第二次世界大战期间，捷克斯洛伐克的总统和政府被承认"为与其他盟国的国家与政府元首相同"。这不是对一个敌国人民的承认。捷克斯洛伐克流亡政府于1941年12月对德宣战。所谓1939年德国对捷克斯洛伐克的合并虽然为英国和其他国家所事实上承认，但按照正确的看法，这是一个法律上无效的行为。

顾这样的承认，而将落在它手中的叛军人员按照它的刑法规定处理。较正确的意见可能是：如果在外国领土上有效地组织起来期待成立独立国家的大群的人，已经由敌方予以这样的承认，那么，情形就达到了一种转折点，使该交战国由于它的相当数目的人民的背叛和背离并对它进行敌对行为，就不可能再主张它的本国刑法为处理这种情况的唯一的法律上有关的要素，否则它就要受到正当的报复。

**第77目 主要交战国和辅助交战国** 如果在战争之中，一方或双方有几个国家，就必须区别主要的与辅助的交战国。主要交战国是那些依据战前或战争期间缔结的同盟条约而进行战争的国家，或者是并无同盟条约而参加战争的国家。[①] 辅助交战国是那些对主要交战国仅提供有限协助或援助的国家，例如，给予补助金，派遣一定数目的军队或军舰，给予主要交战国的军舰以加煤站，允

① 见上卷，第569目至第573目。同盟国不一定就是共同交战国，因为某一特定的履行盟约的场合可能没有发生，或虽已发生，但尚未据而采取行动。共同交战国也不一定是同盟国，因为它们可能只是为着这一次战争的目的而彼此联合在一起。因此在第一次世界大战中，美国是一个“参战国”而不是“协约国”；“参战国”一词与“同盟国”不同，它指明对于战争最终所要达到的目的没有共同协议。在第二次世界大战期间，挪威、比利时、荷兰、希腊、南斯拉夫和其他国家虽然是英国的共同交战国，但不是同盟国。1942年1月1日的联合国家宣言，承允使用自己的全部资源来反对德国、意大利、日本及其附和者，并且不与它们缔结单独停战协定或和约；这个宣言大概不是属于同盟的性质，虽然有关的各联合国家自称为“盟国”也并无不当。另一方面，虽然埃及、伊拉克和土耳其曾在战前与英国订立同盟条约，但它们始终没有成为共同交战国。在另一不同范围内，虽然芬兰对美国的所有盟国作战，但美国不认为它自己是和芬兰处于战争状态，也没有签字于1947年的对芬和约。1945年，雅典上诉法院判称：匈牙利虽然是希腊的敌国的同盟国，但是，由于没有宣战，并且两国间也没有积极的敌对行为，因此不是希腊的敌国。1943年10月，在原为德国的同盟国的意大利对德宣战后，它被英国、美国和苏联接受为共同交战国，但不是同盟国。这种共同交战国地位并不终止意大利与盟国之间的战争状态。在对意敌对行动停止后，对意关系继续受停战协定的规定的拘束。1947年对意和约的序文称，由于1943年10月13日对德宣战的结果，意大利已经成为“一个对德作战的共同交战国”。

许主要交战国的军队通过其领土，以及类似的行动。这种辅助的国家因提供协助而成为交战国，但如果依据一个条约，那个受这种协助不利影响的交战国事先同意了在某种情况下中立国有权对它实行差别待遇，则不在此限。①

关于这一点，人们曾经讨论一个问题，即：如果一个中立国在战时履行其平时所订立的一个条约，而依据该条约的规定它必须给予交战国一方以加煤站、允许其军队通过其领土，等等，该中立国是否违反了中立。这个问题就是有限制中立是否允许的问题。② 由于在没有相反的条约规定（包括联合国宪章在内）的情形下，这个问题的答案是否定的，因而一个在战时履行这种条约义务的国家，可以被他方认为是一个辅助交战国。

## 第六节 交战国的武装部队

**第 78 目 · 正规的陆军和海军** 交战国的武装部队的主要部分是它们的正规的陆军、海军和空军。哪一种部队构成正规陆军和正规海军，不是国际法所决定的，而完全是属于国内法的事项。所谓民兵和志愿部队是否属于陆军，完全由各交战国的国内法决定。有几个国家的陆军就完全是由民兵和志愿部队构成，而未置有常备军。海牙章程明文规定，③ 在民兵或志愿部队构成陆军或陆军的一部分的一些国家里，民兵和志愿部队是包括在"陆军"一词之内的。一个正规陆军的组成如何，是否以征兵制为基础，是否本国人和外国人都可以参加，④ 等等，也是不需要加以考虑的。

① 见第 305 目和第 306 目——1。
② 见第 305 目。
③ 第一条。
④ 见第 82 目——1 和第 322 目。

**第 79 目　武装部队中的非战斗员**　武装部队主要由战斗员组成；但是战地上的军队不能单单只有战斗员。总有若干种类其他人员，如送信员、医生、蹄铁匠、兽医、随军牧师、护士、政府的和志愿的救护人员、包工者、食品售货员、新闻记者、文职官员、外交官，以及随从总司令的外国武官。

关于这些非战斗员的地位问题，作者们的意见不一致。这些人不单纯是私人，但又肯定不是战斗员，虽然他们——例如送信员、医生、蹄铁匠和兽医——可能具有军人的性质。可以正确地说他们是**间接地**属于武装部队的。海牙章程的第三条明文规定，交战国的武装部队可以包括战斗员和非战斗员，而这两种人员在被捕时，只要他们出示他们所随从的军队的军事当局发给的身分证，① 都应作为战俘待遇。② 但是，如果一般地说到武装部队，那么，所指的只是战斗员。

第一次世界大战中，数以千计的妇女参军并被派往前线充当军队炊事员、司机、售货员，等等，因而发生了她们可否被认为武装部队的非战斗员的问题。这一问题的答案应该是肯定的。③ 这似乎为 1949 年关于战俘待遇的日内瓦公约④ 所间接承认。公约第十四条规定，女战俘的"待遇应充分顾及其性别"。

**第 80 目　非正规部队**　在整个战争期中，交战国的武装部队往往只包括它们的正规军队；但有时发生非正规部队参加战争的情形。这种非正规部队应区别为两种：第一种是交战国所授权

---

① 在弗里斯等案中，法国最高法院根据"与敌人通情报"的理由将两个德国人判处死刑。这两个德国人辩称他们是在对德军供给供应品，但不能提出海牙章程所要求的授权证书。

② 见第 127 目。

③ 关于逐渐消失中的武装部队与平民之间的区别，见第 57 目——1。

④ 见第 125 目。

的;① 第二种是未经特别授权的，而是自发的并自己负责而行动的。以前，有一条公认的国际法规则规定：只有被授权的非正规部队才能享受交战国武装部队的人员所应享受的特权；未经授权的非正规部队人员则被视为战争罪犯，在被捕时可加以枪决。1870年，在法德战争期间，德国对于所谓"义勇军"就一直按照这个规则办理；它要求每一个非正规战斗员在被捕时出示法国政府的特别授权证书，如果没有这种授权证书，就予以枪决。但是，按照海牙章程第一条，这个规则现在已经过时而作废。这个规则被下述规则所代替，即：非正规部队人员虽未经授权，也享受交战国武装部队的人员所应享受的特权，只要(一)他们是由一个为其部下负责② 之人统率的；(二)他们备有可从远距离③ 识别的固定的特殊标志；(三)他们公开携带武器；④ (四)他们遵照战争法规及惯例进行战斗。但是，应该强调指出，这个规则只适用于集体——无论多么小的集体——作战的非正规部队人员。不是正规部队人员而拿起武器或单独和分别地作敌对行为的个人，则仍可被视为战争罪犯，而遭枪决。⑤

**第 81 目 居民军** 战争中有时偶尔发生这样的情形：当敌

① 例如 1940 年英国成立的国内防卫队，这种国内防卫队构成英王武装部队的一部分。

② "负责"一词意义不明确。它可能是指"对某较高当局负责"，不问该较高当局是上级所委派的还是从下面推选出来的。

③ 可以望见标志的距离没有确定。《陆战：陆战法规和惯例释义》一书指出：可以合理地期望一个普通人站在一个能够决定人的形状的距离用自然目力立即能够判断以地平线为背景站着的一个人的轮廓是一个非正规战斗员的轮廓还是一个和平居民的轮廓。

④ 以手枪、手榴弹、暗藏身旁的匕首、或暗剑为唯一武器的人，就不能算是公开携带武器的人。

⑤ 这就是说，虽然单独行动但为正规部队人员的个人，如伞兵或突击队员，不应视为战争罪犯。见第 81 目——1 和第 254 目。

人迫近时，交战国号召全国居民武装起来，因而使他们成为它的武装部队的一部分，虽然是比较不正规的部分。如果他们具有某种组织，并且遵守战争法规和习惯，参加该国所组织的这种居民军的战斗员就享受武装部队人员所应享受的特权。其次，居民军可能未经交战国加以组织而自发形成。这样就发生以下的问题：那些参加这种居民军的人是否属于交战国的武装部队，因而享受武装部队的人员所应享受的特权？海牙章程的第二条规定，一个尚未被占领的领土上的居民，**在敌人迫近时**，自动拿起武器反抗入侵的敌人，而没有时间在负责的指挥官下组织起来，也未取得可从远距离识别的固定的特殊标志，只要他们公开携带武器并在其他方面遵照战争法规和习惯行动，他们就应该享受武装部队所应享受的特权。按照该章程，已被敌国占领的领土上的居民为着把敌人驱出国土的目的而组成的居民军的情形，则是完全不同的。海牙章程第二条不包括这种情形在内。但是，关于参加这种居民军的人于被捕时可予以枪决的习惯国际法规则，现在应该依据 1949 年日内瓦公约第四条加以解释，该条规定了敌国占领的领土上的居民军和抵抗运动的情形。①

在这个问题上，不把侵入和占领混为一谈是很重要的。第二条明确地谈的是敌人的**迫近**，因而只准许在未为敌人所**侵入**的领土上形成的居民军。一旦领土已被侵入，尽管入侵还未发展为占领，② 居民军就不再是合法的了。但是，第二条所用**领土**一词当然不是指一个交战国的全部国土，而只是指尚未被侵入的那一部分国土。基于这个理由，如果一个城镇已被侵入，但其邻近的一个城镇尚未被侵入，那么，该邻近城镇的居民可以在敌人迫近时合法地

① 见第 60 目。

② 关于入侵与占领的区别，见第 167 目。

起来组成居民军。这些人在这样做时是直接和正规军队结合作战还是和正规军队各自为战，是沒有关系的。但是，如上面所提及的，海牙章程关于这个问题的条文已被 1949 年的日内瓦公约作了相当重大的修改。

**第 81 目——1 突击队和空运部队** 海牙章程关于非正规部队和居民军的规定主要是以下述考虑为法律基础的，即：交战国必须受到保护，免受未经政府授权的伪装人员在占领者支配下（不管是多么短暂的）的领土上从事的敌对行动。占领者自己对于被占领地的居民负有某种程度的保护义务；如果它有受非正规部队的秘密攻击的危险，就不能合理地期望它履行这个义务。这些考虑不适用于从空中或用其他方法在交战国后方着陆——不论是在它自己的领土上或在它所占领的领土上，——以便对其武装部队作战或从事其他敌对行为（如破坏交通线、建筑物、或其他有军事重要性的目标）的军队。虽然这些军队通常是用有高度训练的突击和激烈战斗的方法作战的，只要他们是敌国有组织的武装部队的人员并且穿着军服，他们就有权受到正规战斗员的待遇，即使他们是单身活动的。在第二次世界大战期间，德国最高统帅部曾经下令：这种“突击队”人员，即使穿着军服，而且即使企图投降，也一律予以枪决。1945 年，盟军最高统帅发出警告称：枪决穿着军服的空运部队构成战争罪，并将按照战争罪予以处罚。纽伦堡国际军事法庭断定，有许多“突击队”以及类似单位的人员曾经按照这些命令被枪决。该法庭判称：有几个被告，包括德国最高统帅部的首领在内，转发或执行了这些命令，是犯了战争罪。① 第二次世界大

① 1944 年，当盟军在诺曼底登陆时，德国当局表示，这些命令不适用于在战地附近俘获的“突击队员”。

战后的许多其他军事法庭也宣布了同样的判决。①

**第82目　野蛮部队**　作者们过去常讨论是否许可使用野蛮部落或野蛮种族的人所组成的军队的问题，而有些作者倾向于给予否定的答复。现在，这个问题主要是一个理论性的问题。如果可以假定这种军队愿意或者能够遵从按照国际法所通行的战争法规和惯例，就没有理由反对使用这种军队。② 无论如何，使用野蛮部队不应与让有色人参加正规军队和使用有纪律的有色士兵所组成的团队混为一谈。例如，没有任何理由认为美国所组织的由在美国生长和教育的黑人所组成团队，或英国司令官所统帅的印度团队的人员，在国际大家庭的成员之间的战争中，不能享受武装部队人员按照国际法所应享受的特权。在两次世界大战中都没有否认使用这种军队的合法性的意向。

**第82目——1　交战国部队中的外国人**　交战国可以把其他国家——不论是同盟国还是中立国——的人民征募到它的部队中

---

① 该项命令除其他内容外规定如下："从此以后，德国军队在欧洲或非洲遭遇的从事所谓突击作战行动的一切敌军部队，即使他们是穿着军服的士兵或是爆破队，不论有无武器，应一律于战斗中或追击中予以歼灭，一个不留。他们是用船只或飞机着陆的，还是用降落伞降落的，在所不问。如果这样的人看来将要投降，在一般原则上是不接受他们的投降的。" 1945年，一个美国军事法庭在罗马判决的多斯特勒案中判定被告有罪并判处死刑，因为被告曾遵照上述命令下令枪决十五个美国战俘，这些战俘曾在意大利战线后方二百五十英里之处着陆并穿着军服从事破坏一个隧道和铁路。这也是英国军事法庭于1946年判处丰·法根霍斯特将军死刑的理由之一。在符佩耳塔耳的英国军事法庭于1946年判决的布克等案中，被告也被判定犯有同一罪行。

② 海德说："以海牙章程的要求为标准，似乎并无法律义务禁止一个国家使用任何种族或肤色的人并给以交战者的资格，只要这种人能够受军事纪律的拘束并在事实上遵从规定的条件。"

在一个"文明"国家和"野蛮"部队之间的战斗中是否适用通常的战争法规的问题，是一个颇为不同的问题。见第56目，附注。

在南非战争中，英国司令官曾经在有限范围内使用武装的当地土著为侦察兵；布尔人对于落入他们手中的这种人拒绝接受投降。

去作为战斗员或非战斗员，而且几乎没有一次战争不发生这种情形。这样投效的外国人也不因此违反了国际法规则。对于敌国而言，他们的地位与他们所参加的部队的本国人民是完全一样的。①

**第 83 目 私掠船** 从前，私掠船一般被承认为交战国武装部队的一部分，交战国以私掠船证书委任私人船只在海上进行敌对行为，特别是拿捕敌国商船。从十五世纪私掠船制开始成长之时起到十八世纪，交战国时常发给中立国人民以及本国人民的私有船舶以私掠船证书。但是，在十八世纪中，通例是只对本国人民的船只给予私掠船证书。但 1856 年巴黎宣言就各签字国及后来加入的国家而言，废止了私掠船制。在 1856 年以后，这些国家之间所发生的所有战争中，没有发给私掠船证书的事例。②

**第 84 目 改装的商船** 1870 年，在法德战争爆发后不久，发生了一个案件，引起了改装的商船是否可以被认为交战国的武装海军部队的一部分的问题。由于北德意志邦联只有几只军舰，它于是采取步骤，成立了一个志愿舰队。作为邦联主席的普鲁士国王请德国私船船主们把私船按照下述条件列为德国海军的一部分：每一只船应予以估价，立即付给船主照价百分之十的现款作为租金。船主自行雇用船员，但他们在战争期中应成为德国海军人员，并穿着德国海军制服。船只应悬挂德国军旗，并应由德国海军当局予以武装和改造以适合其用途。如果船只被敌人拿捕或毁坏，应按估价如数付给船主；但是，如果船只在战后完整无缺地交还船主，则船主仍应保留所已取得的百分之十的租金。所有这种船只都只应努力拿捕或毁坏法国军舰；如果成功，船主应得到一千五百

① 见第 88 目。博哈德对这一点表示怀疑；但是，没有理由认为任何国家的立法机关或法院曾经对于这个合理的规则发生过疑问。没有什么东西禁止交战国征召那些已经宣告愿意入籍并且没有行使免役权（以放弃入籍权为代价）的中立国国民。

② 见第 177 目。

镑至七千五百镑的奖金。法国政府认为这种计划是在伪装下规避废止私掠船制的巴黎宣言，并请英国出面干涉。英国政府将这个案件提交英王法律官；法律官宣称，德国的计划与恢复私掠船制颇有不同，因而英国政府拒绝对这个计划表示反对。但是，这个计划始终没有付诸实施。

尽管英国法律官的意见是如此，国际法作者们对于上述计划的合法性有不同的意见。但是，另一方面，他们一致认为，不是每一个成立志愿舰队的计划都应予以反对。事实上，俄国从 1887 年起就有一个志愿舰队。法国曾经在第一次世界大战前和某些轮船公司商定办法，规定公司建造邮轮应依照政府核准的图样，并在战争爆发时由法国海军军官指挥并编入法国海军。英国从 1887 年以后也和几个英国大轮船公司成立协定，以便在战争爆发时取得它们的船只。美国在 1892 年也和美国轮船公司商定了类似的办法。

1904 年，在俄日战争期间，由于发生彼得堡号和斯摩棱斯克号等案件，这个问题发展到了顶点。那年 7 月 4 日和 6 日，这两艘属于黑海俄国志愿舰队的船只，因为悬挂俄国商旗，被允许通过禁止各国军舰通行的博斯普鲁斯和达达尼尔海峡。① 它们也悬挂商旗通过了苏伊士运河。但是，在离开运河之后，它们就挂上俄国军旗，改为军舰，并且开始对中立国商船行使交战国为它们的巡洋舰在战时所能主张的一切监察权利。7 月 13 日，彼得堡号以据称运载禁制品为理由，捕获了英轮马六甲号，并在船上派置了押解捕获品船员，以便将它驶往一个俄国港口。但是，英国政府提出了抗议；马六甲号被释放，俄国同意彼得堡号和斯摩棱斯克号不再充当巡洋舰，并且它们所拿捕的一切中立船只都应一律释放。

这个案件是 1907 年第二次海牙会议讨论商船改装军舰问题

① 见上卷，第 197 目。

并在第七公约中予以规定的原因。这个公约，除美国、中国、圣多明各、尼加拉瓜和乌拉圭外，为所有参加会议的国家所签署①。公约包括十二条，其主要规定如下：

任何改装的船只，除非置于它悬挂其旗帜的国家的直接权威、控制和责任之下，不能取得军舰的地位（第一条）。因此，这种船只必须具有本国军舰所特有的外部标志（第二条）；指挥官必须为国家服役，必须被正式任命，他的姓名必须载于海军舰队的军官名单（第三条）；船员必须受军事纪律规则的拘束（第四条）。改装的船只必须遵守战争法规和惯例（第五条），其改装的事实必须尽早由有关交战国在其海军舰队的军舰名单中予以公布（第六条）。②

两次世界大战中，③改装的商船曾被广泛使用。④

第一次世界大战前很流行的认为允许商船改装为军舰就是恢复私掠船制的意见，是没有根据的，因为第七公约的规则并没有废止巴黎宣言规定的废除私掠船制的规则。但是，该公约是不能令人满意的，因为它没有解决在什么地方可以实行改装、以及在战时已经改装为军舰的商船是否可以在战争终止前再改装回来为商船这两个问题。各国对这两点未能取得一致意见，有些国家主张只能在进行改装国家的港口或它占领下的敌国港口内实行改装；另外一些国家则认为在公海上也可以改装，而第七公约的序文则明

① 但未为所有国家所批准。

② 关于防御性武装商船，见第181目——1。

③ 例如，1939年11月，英国改装的商船拉瓦尔品第号在与德国战斗舰德意志号的激烈海战中被击沉。

④ 一只商船即使在为着有限的目的按照军舰的命令行动时，也可以成为辅助船。1939年12月，德国商船塔科马号在乌拉圭的蒙得维的亚港时曾协助后来自行凿沉的德国战斗舰格拉夫·斯比号，把后者的官员和船员移到阿根廷船上去，由阿根廷船把他们送到布宜诺斯艾利斯，以便使他们获得遭船难水手的待遇，而逃避拘禁。乌拉圭政府认为这种行动使塔科马号成为一只辅助军舰。

文声称，可以实行改装的地点仍是一个悬而未决的问题。当第一次世界大战爆发时，这个问题还未解决。英国是反对在公海上改装的权利的国家，它立即表示，如果德国船只离开美国港口后在公海上改装为军舰，英国就认为美国政府应对所引起的损害负责。那些主张不得在公海上改装① 的国家仍然可以拒绝承认在公海上改装的任何船只具有公共的性质，而且仍然可以坚持它们的见解，认为一个改装的船只不能一下子要求交战国军舰的性质和特权，一下子又要求商船的性质和特权。

**第85目 商船船员** 在一个意义上，交战国人民所有的商船的船员都属于交战国的武装部队。因为这些船只可能为敌国军舰所拿捕，而如果因拿捕而受到攻击，它们可以实行自卫，② 可以还击，并且最后还可以夺取攻击它们的军舰。在这种情形下，商船船员就成为战斗员，享受武装部队人员的一切特权。但是，除非遭受攻击，他们不得作敌对行为；如果他们这样做，他们就可以象私人在陆战中作敌对行为一样，被视为罪犯。有些作者③ 主张，虽然交战国商船没有资格对中立国船只行使临检、搜索和拿捕的权利，但是它们可以不仅为着自卫，而且甚至在未被攻击之先，攻击敌国船只（包括商船和公有船舶），因而，在这种情形下，船员应享受武装部队所应享受的特权。现在，这种意见是没有根据的；④ 甚至在以前，它也不是被普遍承认的。⑤

① 关于在公海上被拿捕的敌国商船是否可以立即改装为军舰的问题，见第185目，附注。

② 这个规则在第一次世界大战前不久才受到反对，关于现在的情形，见第181目，附注。

③ 从海德的书中看来，美国的官方见解似乎赞同本书正文所表示的意见。海德指出：仅仅一个未经政府委派的船只所拿获的捕获品业经捕获法院判决没收的事实，并不足以证明这种拿捕不是违反国际法原则的。

④ 见第181目。

⑤ 关于弗莱亚特船长的案件，见第181目。

关于被捕商船的船员的命运，应该按照船只是否对合法攻击实行自卫而加以区别。在前一种情形下，船员成为战俘，因为由于合法地参加战斗，他们已经成为敌国武装部队的人员。[①] 在第二种情形下，第二次和平会议的第十一公约第五条至第七条制订了下述的规则：[②]

（一）船员如果是中立国人民，不得拘为战俘。

（二）船长和职员如果是中立国人民，只有当他们拒绝作书面诺言答应在战争期中不在敌船上服务时，才可以拘为战俘。

（三）船长、职员以及敌国国籍的船员，只有当他们拒绝作书面诺言答应在敌对行为进行期中不参加有关作战的任何服役时，才可以拘为战俘。

（四）所有因宣誓而保持自由的人的姓名，应由拿捕者通知敌国，敌国就不得明知故犯地使用他们从事誓言所禁止的任何服务。

但是，关于敌国国籍的船员只有当他们拒绝作誓言时才可以拘为战俘的规定，事实上已被第一次世界大战中所遵循的实践所修改了。按照这个实践，一切到达兵役年龄的敌国平民都可以被禁止回返本国，并且可予以拘禁。因此，所有交战国都将被拿捕的敌国商船的敌国船员予以拘禁。

**第 86 目　逃兵和叛徒**　交战国的武装部队的人员，如果投奔敌国部队而后来被原交战国所拿捕，不能要求武装部队人员的特权。他们可以被视为罪犯而且总是被这样看待的。交战国的叛国人民，即使不是交战国武装部队的人员，如果参加敌国的武装部队作战，也适用这个规则。逃兵和叛徒即使是在休战旗的保护之下，也可以予以逮捕和处罚。[③]

① 这是间接从第十一公约第八条引申出来的。
② 见第 201 目。
③ 见第 222 目。

## 第七节 敌 性

**第 87 目 敌性概说** 由于各交战国为了实现战争的宗旨有权对敌人和敌产采取许多种措施，因而有必要确定哪些人和哪些财产是具有敌性的。一般而言，现在可以正确地说，交战国的人民和他们的财产是具有敌性的，而中立国的人民和他们的财产是不具有敌性的。但是，这个规则有一些重要的例外。因为在某种情形和条件下，敌国的人民和敌国人民的财产可以不具有敌性，而相反地，中立国的人民和他们的财产却可能具有敌性。而且甚至一个交战国的人民可能为了某些目的在他自己和他的本国之间的关系上具有敌性。

但是，敌性问题在很大程度上是还沒有解决的，因为在有关这个问题的许多点上还沒有普遍承认的国际法规则。在第一次世界大战以前，英美两国法院曾经订出一套准确而清楚的规则，但是其他国家——特别是法国——的实践则遵循了不同的路线。1907年第二次海牙会议关于这个问题订出了三条次要的条文（第五公约第十六条、第十七条和第十八条），已为除英国外所有签字国所接受，而英国则于签署该公约时对于这几条提出了保留。伦敦宣言包含许多规则，这些规则除了两个重要之点外，为所有海洋国家的实践提供了共同基础。① 但是，无论海牙会议或伦敦海军会议对于下述的长期争论的问题都沒有获致协议：个人及其货物的中立性或敌性应完全决定于国籍，还是也决定于住所；中立船舶经敌国

① 初看之下，似乎只有以“敌性”为标题的第六章的四个条款——第五十七条到第六十条——是关于这个问题的；但是，仔细研究一下就会发现，关于某种非中立役务的第四十六条、关于转让于中立旗帜的第五十五条和第五十六条以及关于武力反抗临检权的第六十三条，也是和敌性有关的。

许可在战时进行它平时所不得进行的对敌国的贸易，是否因而取得敌性(1756 年规则)。[①]

当第一次世界大战爆发时，这些问题还未解决；而且，英国和若干其他交战国还没有批准第五海牙公约，并且没有一个国家批准伦敦宣言。各国于是就回到它们各自不同的实践上去，并且甚至这些实践也由于新情势的影响，发生了深刻的变化。第二次世界大战更加强了这些发展[②]。

为了详细考虑敌性问题，将个人、公司、船舶、货物、敌船的转让和海上运载中货物的转让加以区别是适宜的。

**第 88 目　个人的敌性**　关于个人的一般规则是：交战国的人民具有敌性，而中立国的人民不具有敌性。按照这种想法，第五公约第十六条规定："不参与战争的国家的国民被认为是中立的"。但是，这些中立的个人可以在下述几种情形下失去他们的中立性而取得敌性，而交战国的人民则可能在另外一些情形下失去他们的敌性。

(一) 既然交战国与中立国之间保持着和平关系，中立国的人民就可以通过贸易或其他方法对交战国双方提供许多种役务而不因此失去他们的中立性。另一方面，如果他们参加了一个交战国的武装部队，或者替一个交战国做某种其他事情，或者对一个交战国作敌对行为，他们就取得敌性。在战争期间可以对敌国人民采取的一切措施也都可以对这样取得敌性的中立国人民使用。例如，在第一次世界大战期间，数以百计的参加交战国队伍作战的中立国人民被拿捕并被拘为战俘，直到战争结束。但是，对待这样的人不能比对待敌国的人更为严厉，尤其是不许对他们采取惩罚性

---

① 见第 289 目。

② 见第 88 目。

的措施。①

但是，不居住在敌国领土或敌军占领的任何领土上的中立国人民，不因供给敌国以供应品或对敌国贷款而取得敌性，只要供应品不是来自敌国领土或敌国所占领的任何领土。②

第五公约第十八条（乙）定下一个新规则：③ 在警察和行政事务上为敌国服务的中立国人民也不取得敌性。但是，阅读这个规定必须谨慎。它只能意味着，这样的人不比居住在敌国领土上的其他中立国人民失去更多的中立性；它不能意味着，他们在一切方面都应视为不居住在敌国领土上的中立国人民并且应受到象不居住在敌国领土上的中立国人民一样的待遇。

使中立国人民失去中立性而取得敌性的行为不一定是战争爆发之后所作的行为。他们甚至可以在战争爆发之前，由于和某个外国的关系密切到了一种程度，以致在对该外国发生战争时，他们就当然取得敌性，除非他们立即切断和该外国的关系。例如，一个外国人在平时投效一个国家的武装部队并且在战争爆发后还继续服役，就是这样的情形。

（二）从国际法开始出现之时起到现在，没有任何交战国对敌国人民和对居住在敌国的中立国人民作不同的待遇。例如，格老秀斯教导说，外国人必须和敌国领土上居民共命运；宾刻舒克明确地教导说，居住在敌国的外国人具有敌性。因此，英④ 美两国的

① 第五公约第十七条。见第 82 目——1。

② 第五公约第十八条（甲）。

③ 英国对第五公约第十六条、第十七条和第十八条提出了保留；而且，它没有批准第五公约。但是，第十六条、第十七条和第十八条（甲）——不是第十八条（乙）——只是制订了习惯上所一向承认的规则，除非第十六条被解释为禁止交战国将居住在敌国的中立国人民视为具有敌性。但是，第十八条（乙）的情形与此不同，该条创立了一个完全新的规则，因为在此以前从来没有人怀疑过敌国的警察人员和行政官员不论是否敌国人民，是具有敌性的。

④ 见第 90 目。

实践认为，外国人——不论是交战国或中立国的人民，在敌国领土有住所（即有居所），就取得敌性，因为他们这样做就使自己和敌国居民等同起来，并且以缴纳捐税等方法支持了敌国政府。基于这个理由，对敌国领土上的平民可以合法采取的一切措施，也都可以对他们采取，除非他们撤出该国或被驱逐出境。但是，应该记住，他们只是**在一个意义上和某种程度上**取得敌性；他们的敌性不象居住敌国领土上的敌国人民的敌性那样强烈。因此，他们如果是中立国的人民，他们并不失去他们的本国的保护以免受不符合战争法规的专横待遇；他们如果是另一交战国的人民，就应交由一个中立国的大使馆予以保护。尽管如此，他们不能免除征用和捐献；不能免除占领者为了它的军队的安全和它的军事行动的成功而对居民所加的限制；不能免除因对占领者作敌对行为而受的惩罚；于例外的必要情形下也不能免于被拘为俘虏。对居住在被占领的敌国领土上的外国人的这种待遇，在理论上① 和实践上一般都认为是正当的。

（三）既然居住在中立国或被允许继续居留在另一交战国的领土上的敌国人民在很大程度上是把他们自己与当地居民相等同而不在敌国的属地最高权之下，因而按照第一次世界大战前通行

① 见第170目。1938年的意大利的中立条例规定，在轰击时，对中立国财产和中立国外交代表或领事的官方房屋应尽可能予以保护（第四十七条）。如果没有使中立国人民不可能撤离的重要理由，应准许他们撤离（第四十八条）。德国在第二次海牙会议提出的、主张就给予居住在被占领的敌国领土上的中立国人民较为有利待遇的规则达成协议的建议，因而被否决了。甚至法国也没有支持德国的建议，虽然按照当时通行的法国概念，居住在敌国的外国人不取得敌性，而德国的建议只是这种概念的逻辑结果。迦纳指出：在第一次世界大战期间，法国的对敌贸易的立法放弃了这种概念。

法国对敌性的这种概念来自捕获法庭对哈迪诉福梯让特案的判决（1802年）。该判决定立了下述规则：居住在敌国的中立国人民不失去其中立性，而居住在中立国的敌国人民不失去其敌性。1939年9月1日法国关于征收敌产的命令不适用于在中立国的敌国国民和敌国公司，除非他们是列名于外交部公布的“官方敌人名单”之内。

的英美的实践，他们就失去他们的敌性，虽然按照法国的实践，他们并不失去敌性——这是一个对于许多问题，尤其是对于货物的性格问题[①]有影响的区别。

但是，在第一次世界大战期间，英国在许多方面放弃了它以前的实践。关于居住在中立国的敌国人民，1915年的对敌贸易（扩大权限）法授权英王以公告禁止在英国的一切人同在外国的任何人进行贸易，如果后者的**敌国国籍或敌国关系**使这种禁止成为适宜，并使这样的贸易构成对敌贸易的犯罪行为的话。依据这个法律发表了一些法定名单（所谓“黑名单”），把许多在当时中立的国家中的人和公司宣布为非法。但是，与居住中立国而未列入名单的敌国人民进行贸易，则不是非法的。[②]当第二次世界大战爆发时，1939年的对敌贸易法将“敌人”的法定意义——就个人而言——规定为“居住在敌国领土上的任何人”。[③]这个法律虽然这样采取了通常法上的居所的标准，但它显然没有采用通常法的另一个标准，即商业居所或“进行业务”的标准。[④]但是，这个定义必须参照下述两点加以理解：（一）该法的第一节（丙）规定，“本节所指敌人，应解释为兼指代敌人作行为的人”；（二）该法规定，贸易部得指示将命令中所指明的任何人，就本法而言，视为敌人。在战争期间曾经根据这两项规定发表了几份“黑名单”。该法明文规定，

① 见第90目。

② 见第90目关于商业住所的附注。

当美国参战时，它采取了与英国新政策相似的政策。

③ 这一节也把任何“与英王作战的国家或国家元首”指为“敌人”。英、美及其他国家的立法所表现的最近趋势，是把敌国政府也包括在“敌人”的概念之内。1945年，马德拉斯高等法院在程姆·阿布洪诉马洪默德·罗塞尔案的判决中称：敌国占领的领土是否在所有方面都被视为敌国领土的问题，决定于案件的情形和立法机关的意图。

④ 见第90目。

任何人不得只因其为敌国人民而被视为敌人。① 同时，法国立法也不再完全以国籍为唯一标准②。

**第 88 目——1 公司的敌性** 国际法上沒有决定一个公司是否具有敌性的规则。股份企业的迅速发展很少考虑到战争的情况，而且，认为公司是一个与其成员不同的实体这一公司法原则，还沒有和战争的情况发生严重抵触。英国的意见，根据詹森诉三泉联合矿业公司案(1902 年)，普遍认为在敌国组成的公司具有敌性。但是，非在敌国组成而在敌国进行业务的公司是否也具有敌性，而且进而言之，既非在敌国组成也未在敌国进行业务的公司是否在任何情形下可能取得敌性，都是有疑问的。第一个问题在对敌贸易上立即发生，③ 而早先颁发的公告在经过一阵思想混乱之后，终于采取了这样的看法："不论在什么地方组成，在敌国或暂时为敌国所占领的领土上**进行业务**"的公司就具有敌性。④ 第二个问题因德姆勒案(1916 年)而被提到上院去。⑤ 上院决定：一个公司，"如果其代理人或实际上控制其事务的人居住在敌国，或者不论居住在什么地方但附从于敌人或接受敌人的训令或在敌人控制

① 1939 年对敌贸易法(第十五节)和 1939 年进出口及海关权力(防卫)法(第六十九章第八节)将"敌国人民"的定义规定为：(一)不为英国人或受英国保护的人而具有与英国作战的国家的国籍的个人；(二)在任何上述国家内或依据任何上述国家的法律成立或组成为法人的一群人。

② 1939 年 9 月 1 日的法国命令规定，一切现在或惯常住在敌国的人和一切拘禁在法国领土内的敌国人民都是敌人。另一方面，1940 年的德国对敌贸易法，虽然不排除居所的标准，但明文保留国籍的标准。

③ 见 101 目。

④ 1939 年 10 月，瑞士联邦委员会发布了一项命令，按照该命令，一个依据瑞士法律组成的公司，在遇有战争时，可以申请将其行政地点迁移到瑞士政府所在的任何地方。这个命令的结果可能是，如果瑞士被敌军占领，因而瑞士政府迁移到国外，有关公司就不当然成为该法所指的"敌国人民"。

⑤ 英国法院一向拒绝把德姆勒案的原则对捕获品请求权人作有利的适用，但认为对英王有利时显然是适用的。

下行动”，就具有敌性，而“个别股东的性格本身不能影响公司的性格”。[①] 1943 年，德姆勒案的原则受到了英国上院的重新确定。上院在索夫拉舒特案中判称，一个在当时被德国占领的荷兰组成的并为居住在荷兰的董事所控制的公司，取得了敌性。1939 年的对敌贸易法同时兼采公司组成和控制双重标准。该法第二节将下述两种人包括在敌人的定义之内：（一）任何团体（不论是否组成为公司），不论其业务处所在什么地方，如果而且只要为该法[②]所认为敌人[③]的人所控制者；（二）任何团体，在一个对英国作战的国家内成立或组成为公司，或依据该国的法律成立或组成为公司者。

法国法院也遇到同样的困难，它们在第一次世界大战中判称：为了确定敌性，它们有权“追根究底，查明该公司实际上是否一个法国公司，还是仅仅在表面上是一个法国公司”。1939 年 9 月 1 日的法国命令明文采取注册和控制双重标准。[④] 第一次世界大战中美国的实践虽然也认为在敌国组成或进行业务的公司具有敌性，[⑤] 但对于既不在敌国组成也未在敌国进行业务的公司则不认为具有敌性。

---

① 在普那号案（1915 年）中，英国捕获法院曾经得到不同的结论。但是这个判决作于上院判决德姆勒案之前。必须注意，不要将德姆勒案所规定的公司的敌性的标准与公司的国籍问题相混淆。一般地说，战后曾经有一个趋势，把控制的标准看作暂时的措施，是以国家安全的理由，以及股东的敌国国籍必然影响公司的性格和政策的假定为条件和根据的。1945 年，加拿大最高法院在加拿大部长诉罗斯察尔德案中判称：法人的组成地点是有决定性的，因此，在当时被德国占领的荷兰组成的公司，虽然已经将其业务一部分转移到国外，仍然具有敌性。

② 见第 88 目。

③ “敌人”可以是一个团体。

④ 同样地，1944 年 10 月的法国命令虽然规定敌人的定义为“一切敌国公民”，而不问其住所或惯常居所”，但同时维持了领土的标准，因为它把居住在敌国领土上的一切人都认为敌人。后一规定不适用于“盟国公民、俘虏或被驱逐出境者”。

⑤ 海德似乎认为适用德姆勒案的标准“并非滥用交战权利”。

**第 89 目　船舶的敌性**　第一次世界大战前，关于船舶的一般规则是：船舶的性格初步决定于它们的旗帜。对于一个悬挂敌国旗帜航行的船舶，现在还采用这个标准；① 而且不论该船船主属于什么国籍——不论他是中立国人民还是任何一个交战国的人民——它都具有敌性。但是，对于反转来的命题，即悬挂中立国旗帜但属于敌人所有的船舶具有中立性的命题，则必须指出下述例外：

（一）甚至在第一次世界大战之前，也只有在船舶合法地悬挂中立国旗帜的情形下，中立国的旗帜才是决定的因素；如果发现悬挂某一中立国旗帜的船舶，按照该中立国的国内法，是没有权利悬挂它所悬挂的旗帜的，那么，该船舶的真正性格必须予以确定，以便决定它是否具有敌性。

（二）如未批准的伦敦宣言第四十六条所规定的②（该条在这方面实质上是宣示现行法律的），一只中立国商船因下述行为而取得敌性：直接参加敌对行为；③ 接受敌国政府派在船上的人员的命令或控制；专供敌国政府使用；当时唯一目的在于为敌国运输军队或传递情报。使中立国船舶取得敌性的行为不一定是战争爆发**之后**所作的行为，因为它甚至在战争爆发**之前**就可以和外国发生密切关系到了这样程度，以致在对该外国发生战争时，除非它切断

① 即使船主是一个没有海商旗的无海岸的中立国（关于一个无海岸的国家取得海商旗的权利，见 1921 年 4 月 20 日的巴塞罗那宣言）的人民，因而该船不得不悬挂一个海洋国家的旗帜，情形也是一样的：如果船舶悬挂的旗帜是敌国的旗帜，该船就具有敌性。如果船舶悬挂敌国的旗帜，它也不能因为已经抵押给一个非敌国人民就能避免判决没收。英国捕获法院不考虑对敌船的抵押权和留置权，这是与许多其他国家捕获法院的实践相一致的。

② 见第 410 目。

③ 直接参加敌对行为的中立国船舶的水手是否只能拘为战俘，或者可以作为战犯予以惩罚，这个问题似乎还没有解决。

和该外国的关系，它就当然取得敌性。例如，一只外国商船在平时被一个国家所租用以运载军队或军需品，并在战争爆发后仍然继续履行其契约，就是这样的情形。[①]

（三）如未批准的伦敦宣言第六十三条所规定的（这又是宣示现行法律的），一只中立国商船以武力抗拒临检和拿捕的权利的合法行使，[②] 就当然取得敌性。

（四）按照英国的实践——为美国和日本所采取[③]——，如果中立国商船违反了所谓 1756 年规划，[④] 在战时从事战前敌国完全保留给悬挂该国旗帜的商船的贸易，它们也同样取得敌性。未批准的伦敦宣言既未拒绝也未接受这个 1756 年规则，其第五十七条明文规定，这个问题是还没有解决的。

（五）甚至在第一次世界大战之前，已经有某些英美权威认为，以合法悬挂的中立国旗帜为确定标准的规则还有另外一个例外，即：如果船舶所有者，或其中一些人，能被证明具有敌性，这个标准就不适用。

但是，当战争爆发时，英国将未批准的伦敦宣言第五十七条（该条规定，除船舶由一国转让给另一国的情形外，合法旗帜的标准是具有最后确定性的）付诸实施，这样就一时不允许对船舶所有者的性格加以考虑。法国也把第五十七条付诸实施；但是德国所

---

① 在高升号的案件中（该案已失去过去所具有的重要性），一只英国船在中日战争爆发前不久被中国政府雇用，运载中国军队和军火到朝鲜。它在朝鲜领水内遭遇日本舰队，被停止临检，并被命令跟着一只日本巡洋舰走。虽然英国船长准备遵从命令，但船上的中国人不许。于是，日本人就开炮将其击沉。由于在当时可以不经预先宣战就可以开始敌对行为，日本人的行动是符合国际法规则的。

② 见第 422 目。

③ 另一方面，俄国的最高捕获法院则拒绝接受 1756 年规则。

④ 见第 289 目。

采取的购买中立国船舶并悬挂中立国旗帜航行的计划① 不久使英法两国认为必须废止这条规定。因此,英国以 1915 年 10 月 20 日枢密院令废止了这一条,并且宣称英国捕获法院将遵循英国以前的实践。法国也同样改变了政策。② 英国捕获法院在圣吐德诺号案(1916年)中考虑了一只悬挂英国旗而为德国人所有的船舶的性格,并在汉姆布恩号案(1917 年) 中考虑了一只悬挂中立国旗而为德国人所有的船舶的性格问题,它判称:"以捕获法院所依据的原则为根据的捕获法的一项确定规则是:法院将穿透并越过形式和繁文缛节而深入到事实和现实。这……就是说……船主是受他们所选择使用的旗帜的拘束的,而拿捕者对于他们则不受这样的拘束"。③

下述规则适用于所有取得敌性的中立国船只:(一)船上的一切敌货都可以没收,即使在它们开始起运时船舶还是中立国船

① 一个德国金融家于 1914 年冬和 1915 年通过中立国的代理人购买了十一只中立国船,并且通过这些代理人和一个德裔美国人华格纳成立协议,由华格纳创办一个美国公司以航驶这些船舶并替这些船舶取得美国的登记。但是,几乎刚刚取得美国登记之后,英法两国放弃了伦敦宣言第五十七条,这些船舶中有几只被拿捕并以属于德国人所有为理由被判决没收,虽然它们悬挂美国旗帜。

② 1934 年的法国训令第二十条认为任何下述船舶具有敌性:(一)悬挂敌国旗帜;(二)无权悬挂法国或中立国旗帜;(三)从敌人旗帜转让于中立国旗帜,但依其转让情形是有理由加以拿捕的;(四)其船主具有敌性;(五)为敌国或具有敌性的人的利益而被控制或活动。

③ 丹那指出:"一个国家如果愿意的话,可以根据船舶已经使用它所明知而携带的旗帜和文书的事实,断定该船舶的性格,如果其结果是有利于该国的话。战争时期各国常常这样做,而和平时期也可以这样做。这只不过是在查究中适用了确定推断或对当事人一方禁止反证的规则而已。至于是否要执行这规则,则视国家的政策而定。船舶本身则不能为了自己的利益要求适用这一规则。"在犹尼塔斯号案(1950 年)中,法院判称:本案中的船舶是在平时由于经济压力而替敌人建造的,并且由于这种压力而置于敌国旗帜之下的事实,并不能成为避免悬挂敌国旗帜的后果——即拿捕和判决没收——的理由。法院认为,对压力让步的决定是自愿作出的,作出这样的决定不是没有考虑到所包含的利弊的。

舶;(二)船上的一切货物都将被假定为敌货,中立货的所有者必须证明货物的中立性;(三)不适用关于击沉中立捕获品的规则,因为这些船舶现在已是敌国船舶。

**第 90 目　货物的敌性**　一个古老的习惯规则[①]是：在敌国商船上所发现的一切货物都假定为敌货，除非中立国所有者能提出相反的证明。再则,一般都承认,货物的敌性决定于货物所有者的敌性。但是,由于关于个人的敌性沒有普遍承认的规则,因此关于货物的敌性也就沒有普遍承认的规则。未批准的伦敦宣言沒有企图订立任何规则，因为各国未能达成协议。

(一)**商业住所**[②]——由于按照英美的实践，一个人在敌国有住所即具有敌性,[③]因而一切属于[④]在敌国有住所的人的货物都是敌货,而一切属于不居住在敌国的人的货物,一般而言，都不是敌货。基于这个理由，属于居住在中立国的敌国人民的货物不具

① 未批准的伦敦宣言体现了这条规则。

② "商业住所"或"贸易住所"不一定和一个人的"民事住所"相同。戴西为商业住所下的定义是："为着在一个国家内进行贸易而在该国内设立的居所,这种居所使他的贸易或商业对该国的财富有所贡献或成为该国财富的一部分，因而他的敌性、友性或中立性应参照这个国家的性格来决定才是合理的。"在要证明为(甲)友好的或中立的住所，或(乙)敌对的住所时，所考虑的住所的要素是不同的。(甲)要构成一个友好的或中立的商业住所，在一个友好或中立国家内的居所是必要的；仅仅不居住在敌国是不够的。但是，在权利请求人及其本国人民享受领事裁判权的国家(如中国)内有居所,不能成立这样的商业住所。另一方面,(乙)要构成一个敌性的商业住所，在敌国内的居所是不必要的,而这种住所可以由下述情形而取得:(一)居住；或(二)有商业行号或支店在敌国而本人并不居住在那里，至少就该商人由于在敌国从事贸易所取得的货物而言，取得了这种住所。一个敌性的商业住所可以于战争爆发时，以迅速行动有效地予以放弃。

③ 例如,在 1914 年英国对敌贸易修正法中,"敌人"的定义是："在英王当时正与其作战的任何国家内居住或从事业务的人或团体"。一个在德国的英国战俘不是外国敌人。

④ 英国捕获法院不承认一个质权人的权利主张，但是对于货物的合法所有权则予以考虑。

有敌性，而属于居住在敌国的中立国人民的货物则具有敌性，即使这些货物是属于被派驻在敌国的外国领事的货物。而且，如果一个交战国的人民在另一个交战国的领土上有住所并在战争爆发后被允许继续居住在那里，他的货物，在前一交战国看来，取得了敌性，而在后一交战国看来，则失去敌性(就捕获法而言)。再者，不在敌国居住的中立国人民在敌国领土上所拥有的地产的出产物具有敌性，因为“没有任何东西比下述原则更确定不移的了……即：就该土地的出产物而言，占有土地就使土地所有者具有该国的性格……不论该所有者的居所地在哪里。”而且，一个居住在别处的中立国人民在一个敌国内成立的商业行号，其财产也具有敌性，因为该项财产所有者在敌国具有“商业住所”。最后，反转过来，居住在敌国领土上的敌国人民的财产的敌性则不因为其在中立国有商业行号而受影响。

(三) **国籍**——另一方面，按照法国和许多欧洲国家的实践，货物所有者的国籍是唯一的决定因素，而不问他居住在哪里。因此，在敌国商船上只有属于敌国人民的货物才具有敌性，不论他们是居住在敌国还是中立国的领土上；而敌国商船上一切属于中立国人民的货物则不具有敌性，不论他们是居住在中立国还是敌国的领土上。①

**第 91 目　敌船的转让**　在战前不久或在战争期中敌船转让给中立国人民的问题构成更大的敌性问题的一部分；因为需要决定的一点是：这种转让是否取消了这些船舶的敌性。显然，如果转让取消了敌性，那么，敌国商船的船主就可以将他们的船舶卖给中立国人民以逃避他们的财产被拿捕和没收的危险。在 1908 年至 1909 年的伦敦海军会议之前，各海洋国家对于这个问题没有一

① 在第一次世界大战期间，法国大体上遵循它在战前实行的实践。

致商定共同规则。按照法国的实践，战争爆发后将敌船转让给中立国人民，一律不予承认，这样转让的船舶保留其敌性；但是，战争爆发前的任何合法的转让则使该船舶取得中立性。另一方面，按照英美的实践，如果转让是善意的，而且非在被封锁的港口内或船舶正在途中时①完成的，并且如果卖者对船舶并不保留利益或任何在战后收回或回买的权利，那么，敌船可以在战争爆发前或战争爆发后转让于中立国旗帜，并因此失去其敌性。

关于敌船的转让，未批准的伦敦宣言定立了明确的规则，对于战争爆发**前**和战争爆发**后**船只转让于中立国旗帜的情形加以区别。②

（一）**战争爆发前的转让**——按照第五十五条的规定，一只敌船转让于中立国旗帜，如果是在战争爆发**前**完成的，是**有效**的，除非拿捕者能证明转让是为着逃避拿捕的。但是，如果转让证书不在船上，而且转移是在战争爆发前六十天内完成的，转让就被假定为无效，除非该船能证明转让不是为着逃避拿捕的。为了对贸易保证不至轻易以逃避拿捕为理由将转让视为无效，伦敦宣言规定：如果转让是在战争爆发前三十日以前完成的，只要转让是无条件的、完全的、并符合有关国家的法律的，而且对使用船舶的控制权和使用船舶所产生的利益都不继续属于转让前的同一人，那么，转让就可以绝对地推定是有效的。但是，即使在这种情形之下，如果转让是在战争爆发前六十天以内完成的，而转让证书又不在船上，那么，该船仍然是有嫌疑的。因此，它可以被拿捕并带至一个港口由捕获法院进行调查，而且即使法院予以释放，它也不能要求由于

① 一只在途中转让的船到达一个港口并在该港口由新船主予以占有时，该船的航程应认为已经结束。

② 第五十五条和第五十六条。

拿捕而引起的损害赔偿。

（二）**战争爆发后的转让**——按照第五十六条的规定，一只敌船于战争爆发后转让于中立国旗帜是无效的，除非船主能证明转让不是为着逃避拿捕的。并且，如果转让是在一个被封锁的港口内或船舶正在途中时完成的，或者如果卖者保留回买或收复该船的权利，或者如果该船未能满足其所悬挂旗帜的国家的法律所规定的关于悬挂旗帜的权利的条件，那么，就可以无可反驳地推定该项转让是无效的。

意大利法院在意土战争中依据未批准的伦敦宣言行事，判决没收了两只帆船——瓦西李欧斯号和阿基欧·戈基欧号，这两只船原来是土耳其船，但在战争爆发后卖给了一个希腊人并登记悬挂希腊旗帜。

再者，在第一次世界大战爆发时，英国、法国和俄国决定实行这些条文，而且法国捕获法院依据这些条文判决了重要的达西亚号案。达西亚号是在战争爆发后当其停泊在一个美国港口时由一个美国公民从一个德国公司买来的，并被准许在美国登记，而那时美国是一个中立国。它在前往鹿特丹的途中为法国巡洋舰所拿捕，并被判决没收。法院认为第五十六条对法院有拘束力，它判称：请求人未能证明转让不是为着避免拿捕的。[①] 但是，后来法国又回到它的传统规则，即在战争爆发后转让给中立国所有，是绝对无效的。

到现在为止，本节所考虑的规则和实践只涉及敌国私有船舶的转让；这些规则和实践不适用于一个交战国把它的一只军舰转让给中立国以逃避拿捕的情形。一只军舰能否这样取消它的敌性

① 到了战争后期船舶缺乏情况十分严重的时候，英国就不反对敌国船只转让于美国旗帜。

的问题，在第一次世界大战中曾经发生过。有两只德国巡洋舰——哥本号和布勒士劳号，因为不能逃出地中海，就驶经达达尼尔海峡到达君士坦丁堡，而在那里据说卖给了当时还是中立的土耳其。[①] 在先前的战争中，交战国这样转让给中立国人民的船只曾经由英美捕获法院审讯并判决没收，其理由是：一个交战国军舰不能在战争中取消自己的敌性。

**第 92 目　海上货物的转让**　敌船上敌货的转让问题也构成更大的敌性问题的一部分，因为这里的问题也是：这种转让是否取消这些货物的敌性，而同样地，在 1908 年至 1909 年伦敦海军会议召开时，各海洋国家也没有一致的实践。[②] 英美两国的实践始终拒绝承认战争爆发后货物在途中时所完成的买卖，如果中立国买者在该船被捕获之前还未实际占有该项货物的话。另一方面，法国的实践似乎承认这样途中的买卖，只要能证明买卖是善意的。

下面据信是英国捕获法院在决定被捕获的在英国、或盟国、或敌国船上运送中已经出卖的货物应否判决没收时所适用的原则的正确述要：（一）如果买卖是在英国所参加的战争发生之前而且未预见其发生的情形下善意地完成的，那么，应适用国内法以决定货物的财产权是在什么时候转让的问题，而这个问题的解决将进一步决定在捕获时货物的所有权是否属于敌人，因而该货物是否

---

① 见第 349 目，附注。

② 未批准的伦敦宣言第六十条规定：敌船上敌货，即使于战争爆发后在货物运送途中完成了任何转让，在到达其目的地之前，一直保持其敌性。因此，虽然这种货物已经在运送途中卖给了中立国人民，它们还是可以没收的。宣言对于在敌船上托运的货物的敌国收货人于货物正在途中时破产的情形规定有一个特殊规则。在有些国家（英国是其中之一），一个未收到价款的卖者，于买者破产时，被承认在法律上有权收回已成为买者的财产但尚未送达买者的货物（中途停止运送的权利）。基于这个理由，第六十条规定，如果在被拿捕前中立国托运人于敌国的收货人破产时行使他的中途停止运送的权利，则货物保留其中立性，不得予以没收。

具有敌性的问题。[①]（二）另一方面，如果货物出卖是在战争发生之前但预见其发生，或是在战争爆发之后，那么，财产权在什么时候转让的问题应适用捕获法；而捕获法对该问题的答案是：（甲）由敌国人民托运给中立国人民的货物，通常在实际交货之前还不成为中立国财产，因为"拿捕者的权利不能被那仅以文件而无实际交货的转让所取消"；（乙）中立国人民托运给敌国人民的货物是可以判决没收的，虽然按照国内法的规定财产权可能仍然属于中立国的托运者。

① 德国捕获法院首先适用交易关系人的国内法。

# 第二章　战争的爆发

## 第一节　战争的开始

**第93目　战争的开始概说**　按照以往的实践，战争状态的产生，可以是由于宣战，或是由于一国宣告它认为自己已和另一国处于战争之中，或是由于一国对另一国作了武力敌对行为。历史上有许多战争的例子，都是用这三种方式之一开始的。虽然格老秀斯定立了一个规则，认为开始战争必需宣战，但是各国的实践表明这个规则并未被接受，而从格老秀斯时代到现在，许多战争都是未经事前宣战而发生的。的确，有许多作者追随格老秀斯的榜样，断言开始战争必需宣战的规则是存在的，但是，在1907年第二次和平会议前，这一规则既未经习惯又未经各国的公约加以确认。不但如此，许多作者还明确地赞同各国的实践。

沒有人断言，一个国家可以事先沒有任何冲突就开始敌对行为。在平时，如果事前并沒有争执而且沒有努力用谈判来解决纠纷，一个国家就开始敌对行为或宣战，这是对国际法最严重的破坏。① 但是，如果试图谈判而未成功，那么，一个国家不经宣战而采取敌对行为，尤其在外交往来关系已经断绝之后，就不算是背信弃义的行为了。② 第一次和第二次海牙会议所通过的规

① 见第4目，在该目中，引述了一项规则，即：任何国家不得在未试行谈判前使用解决争端的强制方法。

② 宪法对于一国政府的宣战权的限制是一个国内法问题，所以不需要在这里详细讨论。有些国家的宪法规定宣战必需经国会核准，这些国家包括：法国、阿根廷、荷兰、巴西、南斯拉夫和许多其他国家。另外一些国家，如美国，宣战权保留给立法机关。

则①——**在情势许可的范围内**，在诉诸武力前，必须先利用友好国家的斡旋或调停——并没有在基本上改变事物状况，因为**在情势许可范围内**这个公式实际上仍然是把一切留给决心作战的国家去自由决定。

1904 年俄国和日本之间由于日本鱼雷艇在正式宣战前进攻旅顺口的俄国军舰而爆发战争，引起了一种主张订立有关战争开始的某些成文规则的运动。② 1907 年第二次海牙会议讨论了这个问题，并且制订了关于战争开始的第三公约。正如下面所说明的，这个公约的范围显然是有限的。不遵守这个公约并不使战争成为非法的，同时也不使这样开始的战争失去战争的性质。在接受了国联盟约和巴黎非战公约对于从事战争的权利所加的重要限制之后，这个公约的价值更遭到了削弱，因为有些国家意图避免违反这些义务的表面形式，就采取了不经实际宣战就开始与战争行动毫无区别的敌对行为的办法。例如，1935 年意大利对阿比西尼亚的战争、③ 1937 年日本对中国的战争、1939 年德国对波兰的战争、同年俄国对芬兰的战争，以及 1941 年日本对美国的战争，都是未

---

见第 52 目——10，附注。1938 年 7 月 11 日法国关于战时国家一般组织的法律第一条规定，遇有战争，必须向国联发出通知。宪法中关于宣战职权的规定必须与宪法中关于从事战争的权利的限制区别开来。例如，1946 年法国宪法的序文规定，法兰西共和国"不从事任何以征服为目的的战争"。1947 年意大利宪法第十一条规定如下："意大利废弃以战争作为侵犯其他人民的自由的工具和作为解决国际争端的方法。"这也是 1949 年德意志联邦宪法第二十六条的间接结果，该条规定如下："可能扰乱各国友好关系并为此目的而作的行为，特别是以从事侵略战争为目的的行为，是违反宪法的，并应予以惩罚。"

① 第一公约第二条。

② 国际法学会在 1906 年根特会议中通过了三项原则，按照这三项原则，没有宣战或发出最后通牒，不得开始战争，而且，在这两种情形下，都应当在开始实际敌对行为前允许有足够的时间，以防止背信弃义的突然袭击。

③ 见第 52 目——6 癸。1935 年 8 月，阿比西尼亚加入了第三海牙公约。

经正式宣战就开始的。①

**第 94 目 宣战** 第三公约第一条规定:"缔约各国承认,非有预先明确的警告,或用说明理由的宣战的形式,或用附有有条件的宣战的最后通牒的形式,彼此间不应开始敌对行为。"在纽伦堡军事法庭对主要德国战犯的起诉书中,就把这一条列为德国破坏的条约之一,而且法庭对起诉书中的这一点曾予以相当注意。

宣战是一国致另一国的通知,表示它们之间的和平状态已经终止而代之以战争状态。以前,宣战往往多少有些庄严的仪式;但近数百年来,所有这些仪式都已绝迹。现在,宣战可以用简单的通知来实现。② 按照上述公约第一条,宣战所必须遵守的只有两个条件,即:宣战必须是明确无误的;必须说明诉诸武力的理由。它没有规定在宣战和敌对行为的开始之间的任何时间间隔,因此一个国家可以在对敌方宣战后立即开始敌对行为。③

---

① 在这些战争中的有些战争里,第三国由于种种原因,不把这些争斗看作战争,例如:英国不认为 1937 年中日冲突构成战争(见第 96 目,附注)。这也是美国对中日冲突的态度。但见第 52 目——2。在像上面所谈的两国武装部队大规模实际战斗的情形下,第三国的态度对于争斗的法律性质大概没有决定的重要性,因为为了国际法的目的,这种争斗就交战国之间的关系而言,必须认为是战争。但是,这类性质的不宣而战的战争对第三国所加的中立义务的程度如何,却是不明确的。中立国如果愿意,可以宣告中立,从而使由此而产生的权利和义务起作用。不过,如果没有这样采取中立地位,中立国在交战国一方还未向其敌方正式宣战从而使中立国失去行动自由之前是否保留有行动自由,那是可以争论的。

② 例如,1914 年 7 月 28 日,奥匈帝国向塞尔维亚正式宣战。1914 年 8 月 2 日,驻圣彼得堡德国大使把宣战书递交给俄国外交部长。1914 年 8 月 3 日,德国驻巴黎大使递交法国外交部长一封信,据称法国部队作了敌对行为,并声明"面临着这些侵略行为,德意志帝国认为它和法国处于战争状态"。1917 年 4 月 6 日,美国国会通过了一项两院联合决议,宣告由于德国对美国已经"一再作了战争行为",对于这样强加于美国的战争状态,"兹正式予以宣告"。

③ 只要关于宣战的意图没有疑问,宣战书的措词是无关紧要的。虽然法国政府于 1939 年 9 月 3 日致德国的照会上并没有宣战的词句——所用的措词只是提到履行法国对波兰的义务——但法国在其致国际联盟和中立国的通知中宣布了法国和德国之间战争状态的存在。

由于宣战的重要性，又由于按照第三公约第一条规定宣战必须是明确无误的，而且必须说明诉诸武力的理由，因而宣战似乎必须是一个书面文件，由一个使者交给对方。而且，由于第三公约第二条明文规定，对各中立国甚至可以用电报来通知战争的爆发，因而有理由作出这样的结论，即：第一条所规定为必要的宣战不得用电报来实现。如果不许用电报，那么，当然更不能用电话或口头通知。①

就各交战国之间而言，战争从宣战之日起就认为已经开始，虽然实际敌对行为可能在宣战后很久才开始。另一方面，就交战国和中立国之间而言，在将战争的爆发通知中立国以前，或中立国经由其他途径明确无误地得悉战争爆发以前，战争不认为已经开始。由于这个原因，第三公约第二条规定，各交战国必须在战争爆发后立即通知中立国，② 即使只是用电报通知；而且，除非毫无疑问地证明中立国确实知道战争状态的存在，在中立国接获通知以前，战争状态对中立国不生效力。

**第 95 目　最后通牒**　第三公约第一条规定的明确的警告所可以采取的第二种方式是“附有有条件的宣战的最后通牒”。最后通牒是一国致另一国的一种书面通知的专门术语，③ 这种书面通

① 断绝外交关系有时代替了宣战。例如，在第一次世界大战中，有四十七个例子是宣战，而十三个例子只是断绝外交关系，例如，法国和奥匈之间、德国和塞尔维亚之间都只是断绝外交关系。

如果甲、乙两国订有同盟，甲国与丙国作战，乙国是否也与丙国处于战争状态呢？例如，当 1915 年意大利对奥匈帝国宣战时，意大利与德国之间是否发生战争状态？德意志帝国法院对这个问题的回答是肯定的。哈茨切克采取了同样的看法，认为宣战是不必要的。大概这条规则对一切共同交战国，无论是同盟国或者只是参战国，都是一样的。

② 见第 307 目。

③ 见第 28 目。

知结束了关于某一争端的和协谈判，同时最后一次并断然地具体说明了如要避免采取其他措施就必须予以满足的各种要求。最后通牒可以是简单的，也可以是附条件的。如果最后通牒没有载明送致最后通牒的国家所拟采取的措施，那是**简单的**最后通牒；如果在最后通牒内说明了所拟采取的措施，无论为反报、报复、平时封锁、占领某一部分领土、或战争，① 那是**附条件的**最后通牒。第三公约第一条规定的是一种附条件的最后通牒，因为最后通牒的措词必须使收受的一方对于如果它不答允最后通牒内的要求，则战争即将开始这一点不能有任何疑问。因此，如果一国对另一国送致简单的最后通牒，或送致以采取战争之外的其他措施为威胁的附条件的最后通牒，在这种最后通牒未被接受的情形下，该国没有理由未经事先宣战立即开始敌对行为。② 例如，1911 年意大利向土耳其送致了宣战书，虽然在此以前已经送致过以占领的利波里为威胁的最后通牒。

第三公约未规定最后通牒所必须给予的战争开始前的最低限度的时限，所以这一时间可以是很短的，例如几小时。如果在发出

---

① 例如，1914 年 8 月 4 日，英国驻柏林大使递交给德国外交部长一项书面声明，内称除非德国在午夜前能提供不再进一步侵犯比利时边境的保证，英国认为必须“尽其能力采取一切步骤以维护比利时的中立”。1939 年与德国发生战争之前，曾经有一个可以称为英国的双重最后通牒。9 月 1 日，英国向德国政府送致了一个文件，通知德国政府除非德国政府准备停止对波兰的一切侵略行动并从波兰境内撤出它的军队，英国政府将履行对波兰的义务。9 月 3 日上午 9 时，英国大使通知德国政府说，除非这样的保证在上午 11 时前送达英国政府，从那时起两国之间即将存在战争状态。英国没有接到答复，德国驻伦敦的代表于上述时间接得通知说，英、德两国已处于战争状态。法国在 9 月 3 日正午提出的最后通牒于当日下午 5 时限满。

② 1941 年 12 月 8 日英国对日本的宣战，据称是由于日本违反国际法，作了无端的侵略行为，“特别是关于战争开始的第三海牙公约的第一条”，因为“日本军队未预先以宣战方式或以附有有条件宣战的最后通牒的方式提出警告，即企图在马来亚沿岸登陆并轰炸了新加坡和香港”。

最后通牒前未试行以谈判、或以一国依据联合国会员国资格、或依据其他条约义务所曾承诺的其他和平解决方法解决纠纷，那是违反国际法的。单是最后通牒所包含的诉诸战争的威胁本身，也许就是破坏了一国放弃以诉诸战争作为国家政策工具的权利的诺言。

继最后通牒之后发生的战争状态同样必须通知各中立国，因为第三公约第二条也适用于这种情形。而且，基于与宣战同样的理由，附有有条件宣战的最后通牒必须以书面文件送交对方。

**第95目——1 最后通牒与战争的禁止** 海牙公约关于最后通牒和必须宣战的规定，应参照后来有限制和禁止战争权利的基本文件以及第61目关于非法战争中的战争规则所作的说明加以理解。由于联合国宪章不仅禁止武力行为，而且也禁止武力的威胁，因而就产生了联合国会员国之间适用海牙公约关于最后通牒以及某种限度內关于宣战的规定的问题。如果联合国会员国使用武力以威胁另一个国家是不合法的，那么他们怎么能够正确地遵守在诉诸战争前必须发出最后通牒的义务呢？正确的答案也许是：海牙公约的这些规定，虽然并不与联合国宪章直接相抵触，但在联合国各会员国之间，实质上是已经作废了。毫无疑问，一个联合国会员国对另一会员国合法地从事敌对行为的情形是可能发生的，例如，实行自卫或集体执行宪章的情形。但是，按照宪章第五十一条，前一种情形只有由于武装进攻的结果才能合法地发生，因此是难以有发出最后通牒的余地的。在后一种情形下，最后通牒将为依据宪章第七章采取执行行动之前的许多警告和决议①所代替了。除了这些可能情况，最后通牒的发出虽符合海牙章程的规定，但一般地说，其本身就是违反宪章的。一个联合国会员国未预先

① 见第52目——5。

提出最后通牒并且破坏宪章而诉诸战争，就违反了这两个文件所规定的义务。一个决心违反宪章非法诉诸战争的联合国会员国，却仍然可能愿意在最后通牒的问题上遵守它依据海牙公约所承担的义务——虽然在破坏一项基本义务的同时对本质上属于程序的义务却这样遵守唯谨，这是为了什么，是很难理解的。

同样的考虑也适用于第三公约第一条所规定的关于宣战的义务，这种义务多少是有点有名无实的。①

**第 96 目　开始战争的行为**　毫无疑问，由于第三公约的结果，未经预先宣战或提出附条件的最后通牒即诉诸敌对行为，是被禁止的。但是战争还可能不经过这些预备步骤而爆发。②一个国家可以故意未经预先宣战或提出有条件的最后通牒而下令开始敌对行为。所以，在美国的一系列的案件中都认为美国和日本之间的战争不是开始于 1941 年 12 月 8 日美国国会宣战之日，而是开始于 12 月 7 日珍珠港被攻击之日。③而且，彼此有嫌隙的两国的武装部队也可能未经授权而从事敌对行为，而双方政府也未命令它们停止敌对行为。此外，为报复或平时封锁或干涉而采取的武力行为可能遭到对方的武力抵抗，从而发生了敌对行为。

故意不经预先宣战或提出有条件的最后通牒而下令开始敌对行为的国家，是作了国际不法行为，这是肯定的；但是它们所从事

① 见第 94 目。

② 土耳其以炮轰俄国一个港口的方式加入了第一次世界大战。但土耳其并未批准第三公约。1939 年，德国以越过边境并从空中轰炸军事目标方式开始了对波兰的战争。

③ 在有些案件中，美国法院认为，战争状态并不仅因敌人的实际进攻而产生，而是"被攻击的政府的政治当局通过实际宣战或其他明确地表明这种立场的行为而接受或承认的一种状态"。在斯坦寇司诉纽约人寿保险公司案（1942 年）中，法院认为，于 1941 年美国尚未参战时因潜水艇的进攻而致死的人是由于战争而死的。

在第二次世界大战中，德国捕获法院一致认为德国与挪威之间的战争状态从 1940 年 4 月 9 日开始，即从德国入侵挪威和挪威进行反抗之日开始。

的仍然是战争。同样地，如果一个国家为报复或平时封锁或干涉而采取的武力行为遭到对方的武力抵抗，战争实际上就存在了。①在所有这些和类似的情形下，一切战争法规都必须适用，因为从国际法看来，即使战争是非法开始的，或是一些原来无意作为战争行为的武力行为所自动引起的，战争还是战争。

无论如何，第三公约第二条也适用于这样爆发的战争；各交战国必须立即向中立国送出通知，使各中立国可能不得不履行中立义务。在这种情形下，如果各中立国已明确无误地获悉战争的爆发，②它们即使未接得通知，也同样必须履行中立义务，但须中立国不认为它们的中立义务和中立地位是受联合国宪章的超越义务、或其他限制、或废除战争权利的条约和文件的涵意的限制的。③

## 第二节 战争爆发的效果

**第97目 战争爆发的一般效果** 战争的爆发虽在许多方面

① 至少，如果抵抗是以"交战意思"进行的，情形就是如此。

② 关于战争爆发的时间，曾经有人提出下述的定义："在国际法上，战争状态是在下述时间开始的：(甲)宣战书所规定的时间，如果有这样规定的话；或(乙)如果没有规定，则立即在送交宣战书之后；或(丙)在依据国家的授权作了武力行为之时，而作这种行为是具有交战意思的，或虽无交战意思，但作为报复或干涉，而对方决定以武力对抗武力、或以其他方式表示它认为这种行为构成了战争状态；这种决定具有追溯效力，因而战争状态是在作第一次武力行为时开始。"英国和另一个国家是否处于战争状态的问题，是一个按照英王政府的对外事务的声明有最后决定性这个原则来处理的问题。见上卷，第401目，附注。同一原则也适用于两个外国之间是否存在战争的问题。但是法院和外交部在神户川崎汽船株式会社诉班生轮船有限公司案(1939年)中，对这个原则曾经略作改变。法院认为，为了解释租船契约中"战争"一词之目的，中国和日本之间在1937年9月是存在着战争的，虽然外交部曾经声称英王陛下政府"目前仍不准备说，它们认为战争状态是存在的"。

③ 见第292目——子至292目——9。

影响中立国人民和中立国家，但主要和直接地是对交战国之间和它们的人民之间的关系发生影响。认为参加战争的各方之间以及它们的人民之间一切法律关系因战争爆发而消失的看法，是不正确的。战争不是一种与法律无关或与法律对立的无政府状态，而是在限制和禁止战争权利的限制下，① 为国际法所承认和规定的一种状态，虽然它使各交战国之间的和平关系断绝。

**第 98 目 外交往来和领事活动的断绝** 战争的爆发立即使交战国之间外交往来断绝，如果不是已经断绝的话。双方外交使节被召回并要求发给护照，或未经预先要求就接到他们的护照；但在离开国境所需要的时间内，他们仍然享受不可侵犯权和治外法权的特权。

一个撤离的使节的官邸② 按照惯例是托交另一外国使节保护的；档案如果留下了，就应加以封存。有时，经当地政府允许，由撤离的使节的一个随从人员留下保管。

战争发生后，领事活动也同样停止，领事档案留给领事馆的一个职员或其他国家的领事保管。③ 但是，关于领事本人应否被允许离境的问题，在第一次世界大战开始时，曾经引起互相指责。有几个交战国阻止敌国领事离境，④ 并且彼此指责对方使领事遭受相当侮辱。

---

① 见第 53 目。

② 但是，德国官方白皮书声称，德国驻圣彼得堡大使馆于 1914 年 8 月为暴徒所捣毁。关于没收在罗马的奥地利驻教廷使馆的问题，见上卷，第 390 目，附注。

③ 见上卷，第 436 目。1939 年 9 月，在俄国入侵波兰之后，发生了一种奇怪的情况。波兰驻莫斯科大使于离开前将拟议中保护波兰在俄国的利益的安排通知俄国当局，但他被告知：由于俄国不再承认波兰国家的存在，俄国不同意由另一个国家保护波兰财产。

④ 例如，德国扣留了英国的领事，英国也扣留了德国的领事，直到成立了交换协定为止。一个纽约法院曾经判称，战争的爆发不取消敌国的通常享受的管辖豁免。

**第99目 对条约的效果** 以前曾经有人主张而且甚至现在还有少数作者主张的学说是：战争的爆发当然取消交战国之间先前所缔结的一切条约，只有专为战争而缔结的条约除外。但是，绝大多数现代国际法作者已经放弃了这个观点，而相当普遍的意见是：战争并不废止每一个条约。但是，对于哪些条约被战争所取消和哪些不被战争所取消，并没有一致的意见。[①] 各国实践也不一致，有的国家曾经明白宣告，它们认为一切条约因战争而废止。[②] 因此，整个问题还没有解决。[③] 但是，大多数作者同意下述的命题，而且第一次世界大战中各交战国的态度似乎至少在许多方面确认了这些命题的正确性：

**甲、缔约国全是交战国的条约：**

（一）战争的爆发取消了交战国之间非为建立永久事物状态而缔结的一切政治性条约（如同盟条约）。

（二）另一方面，显然，专为战争而缔结的条约并不废止（如关于交战国领土某些部分中立化的条约）。

（三）为建立永久[④] 事物状态——包括国民的既得财产权

---

① 美国法院对这个问题曾经作出许多有启发性的判决。在美国，有一种趋势，倾向于执行一些其继续存在"与敌对行为状态并无抵触的"条约规定。在荒川全宗等诉克拉克案（1947年）中，法院判称：对日战争已经废止了对日本的商务航行条约。但在迈尔诉施密特案（1948年）中，内布拉斯加最高法院判称："战争爆发后合理可行的条约应予执行，这是一个普遍规则"。在艾伦诉马克姆案中，美国最高法院判称：1923年与德国订立的允许德国国民取得不动产的条约不因第二次世界大战而终止。法国最高法院屡次——虽然不是一贯地——判称，纯属私法性质而与敌对行为的进行无关的条约，不因战争爆发而停止效力。

② 例如，1898年美西战争爆发时的西班牙和1911年意土战争爆发时的土耳其。

③ 赫斯特主张，"关于一个条约是否于缔约国之间发生战争时继续存在，真正的标准是各缔约国订立条约时的意思"。国际法学会曾于1912年克里斯提安尼亚会议上通过了关于战争对条约的效果的若干规则。

④ 例如，美英两国法院曾经宣告，英美两国之间的1794年11月19日条约第九条不因1812年战争的爆发而废止。

——而缔结的政治性的或其他条约,不因战争爆发而当然作废;但是,战胜国可以用和平条约修改或甚至解除这种条约。

(四)非以建立永久事物状态为目的的非政治性条约(如商务条约)并不当然作废;但各缔约国可以任意决定废止或暂停其效力。

第一次世界大战后的和约所采取的计划是认为一切只有双方交战国为缔约国的条约已被战争所废止,但战胜国有在某种条件下恢复这种条约的选择权。①

**乙、许多国家——包括交战国与非交战国——为缔约国的条约:**

(五)所谓造法性条约②(如巴黎宣言)不因战争爆发而取消。一切有许多国家为缔约国的条约(如世界邮政联盟)也是如此;但是,各交战国为战争的必要所迫可以在它们之间暂停这种条约的执行;它们在两次世界大战期间事实上就是这样做的。

1919年各和约规定,只有各和约所载明的“属于经济或技术性质”的条约才重新适用于有关的中欧国家与参加那些条约的协约国之间的关系,而这些条约之中有一些条约还要经过修改才能适用。各和约沒有提及既非经济性的也非技术性的但为许多国家所缔结的条约,但是,各国正确地把它们认为是恢复效力的。

1947年对意大利、罗马尼亚、保加利亚、匈牙利和芬兰各和约只对于双边条约有详细的规定。③这些和约规定:每一同盟国或参战国应在一定期间內通知五个有关国家的每一国家,说明哪些战前的双边条约是它所愿意“保留效力或恢复效力的”——这样的措

① 见对德和约第二八九条。英国据此恢复了某些战前的对德条约。

② 见上卷,第18目、第492目、第555目至第568目——3。

③ 见对意和约的第四十四条。该和约也规定,被恢复效力的条约中与各和约相抵触的规定,应认为已被删除。

词表明，依据条约的性质或依据各缔约国的意思，有些双边条约由于战争的结果已经自动终止，而其他双边条约则只暂停效力。各和约明文规定，未经这样通知的条约应视为废止。鉴于这个问题在国际法上是不确定的，而且各国内法院的判决是互相矛盾的，各和约所采取的解决办法是颇为可取的。由于所有这样恢复效力的条约都含有废弃条款，各战胜国所得到的选择权的利益实际上纯粹是暂时性的。各和约未提及多边条约；应该认为，这种条约的继续存在①是不受战争爆发的影响的。②

**第100目 交战国人民在敌国领土内的地位** 战争的爆发对于当时在敌国领土内的交战国人民也发生影响。以前，他们可以立即被拘为战俘，因此许多国家在平时就缔结为战时适用的特殊条约，其中明文规定它们的人民应被准许毫无留难地离开彼此的领土的期限。这种条约在十八世纪相当普遍，而由于它们的影响，产生了下述一种国际实践：在通常情形下，敌国人民必须被准许在合理期间内撤退。在十九世纪中③就没有发生过实行先前规则的情

① 这与这种条约在交战国之间的实施不同。1946年巴黎和会的司法委员会的载于记录的见解是：交战国之间的多边条约，特别是属于技术性质的多边条约，就其存在和继续有效而言，是不受战争爆发的影响的。这个问题生动地说明"造法性"条约和其他条约的区别是微不足道的。大多数双边条约，如果分析起来，都是"造法性"的，这就是说，它们规定了缔约国之间的行为规则。在这方面，它们和多边条约之间只有程度上——很小的程度上——的差别。一般言之，只要战争对于条约的效果的问题还处于现在这样不确定的状态，法院对于显然受侵略国破坏条约义务而发动的战争的影响的任何条约，就不应该承认该侵略国有权为其自身或其国民的利益而废止或停止其规定。

② 1948年，英国政府通知意大利、比利时、芬兰、罗马尼亚和匈牙利五国政府，说明哪些条约是它愿意保留效力或恢复效力的。

③ 关于1803年在对英战争爆发时拿破仑在法国逮捕了一万名英国人并把他们当作战俘扣留多年的事，必须记住，拿破仑并未主张他有把战争爆发时在法国领土上的平民执为战俘的权利。他是以报复作为辩护理由的；他认为英国未经正式宣战而拿捕奥提尔尼湾内两只法国商船从而开始战事，是违反国际法的。

形。虽然有些作者到现在还认为，在严格法律上，先前规则仍然有效；但是，可以妥当地说，现在已经有了一项国际法的习惯规则，按照这项规则，一切并不是敌国部队的现有的或潜在的成员或不致给予敌国以军事上重要情报的敌国人民，应被允许有一个合理的撤退期间。另一方面，敌国人民如果是现役或后备军官，或是预备役人员等，则可禁其离境并且可以把他们拘为战俘；因为依据自保原则，各交战国有理由拒绝供给对方以增加其攻守手段的资源。①

有几个国家在参加第一次世界大战时，允许在它们领土上的敌国人民于一定时间内离境。例如，英国曾允许德国人在1914年8月10日以前离境。另一方面，德国和奥匈帝国则禁止一切敌国人民在战争爆发时离境。在1939年9月3日对德战争爆发时，英国曾允许敌国人民在9月9日以前离境。

不管怎样，一个交战国并不需要允许敌国人民留在其领土内，② 虽然它们通常是允许的。在第一次世界大战期间，差不多所有交战国都允许居住在它们的领土内的敌国人民留下，而其实在某些情形下是强迫他们或他们之中大部分留下的。③

如果一个交战国允许敌国人民在其领土内继续居住，它当然可以要求一些条件，例如作不从事一切敌对行为的誓言，或作不离开某一地区的诺言，等等。在两次世界大战期间，差不多所有交战

① 1938年的意大利战争条例授权将有当兵能力或可能从事危害意大利国家的活动的外国敌人予以拘禁。该条例规定，红衣主教圣团团员豁免这种措施（第二八四条和第二八七条）。

② 见上卷，第324目。

③ 另一方面，在1870年法德战争期间，法国将所有德国人驱逐出境；1899年，前南非两共和国于战争爆发时将大多数英国人驱逐出境；在俄日战争期间，俄国将日本人驱出它的远东各省；1912年5月，在土意战争期间，土耳其下令，除若干类的意大利人外，其他意大利人一律驱逐出境；在第一次世界大战期间，非兵役年龄的德国人被驱出葡萄牙和若干英国殖民地。

国都对居住在其境内的敌侨加以种种限制。而且，如果被允许留下的敌国人民所居住的那一部分领土为他的本国部队所占领，他也不得参加他的本国部队，或以任何方式予以协助。如果他参加或协助了，在这些部队撤退后，他会被以叛逆罪[①]论处。

在第一次世界大战期间，许多交战国不仅对一切敌侨加以严格监督，而且采取了一般拘禁的政策。这种外国人被认为对国家有危害性，而且当国民情绪激昂时他们自己会有被群众暴动伤害的危险。例如，英国在战争初期只拘禁三分之一在英国的德国人和奥国人，虽然曾经依据 1914 年外国人限制法颁发命令对他们加以特殊限制。但是，当鲁西坦尼亚号被鱼雷击沉，使一千一百名无辜男女儿童惨遭灭顶，从而引起群众激动，在英帝国各处发生暴动，以致敌国人民的生命濒于危险的时候，大部分敌国人民就被拘禁或遣送回国。法国和德国也采取了一般拘禁的办法，但美国则未采取。1939 年，对德战争爆发后，英国鉴于因德国政府压迫而逃亡出来的难民为数甚多，设立了一些特别法庭，负责审查个别情形。[②] 其结果，只有少数德国国民被拘禁。随着战争的发展，由于军事上的理由，受拘禁的敌侨的种类愈来愈多，但其中大多数后来都被释放。[③]

**第 100 目——1 在敌国领土内的诉讼资格**[④] 以前，到处通

① 见上卷，第 317 目。

② 美国法院曾经判称：战争期中迁移敌侨，是属于行政机关职权范围之内的事(但关于有关的人是否敌侨的问题除外)。

③ 1943 年 2 月 11 日英国内务大臣声称，1943 年年初拘禁的敌侨的人数只有六千一百二十三人，而 1941 年年初则为一万七千九百四十人。在美国，约有十万日本血统的人（其中三分之一非出生于美国并且不是美国公民）被从太平洋沿岸地区迁移出来，放置于战时重新安置局所管理的十个“重新安置”中心。

④ 如果考虑到“外国敌人”一词具有双重意义，在讨论英美两国法院的判决时就可以避免许多混乱，使用这两种意义中的哪一种，取决于探究某一个人是否外国敌人是为了什么目的：（一)你是否要知道他是否应被拘禁或被强迫服兵役，或者是否被禁

行的规则是,敌国人民沒有诉讼资格,因此,战争的爆发就当然使他不能在法院中提起诉讼或进行辩护。这个规则是发生在战争被认为是交战国之间的这样一种状态的时候,即一个交战国的所有人民对于另一个交战国的所有人民都可以进行敌对行为,可以杀死所有敌国人民而不问其性别和年龄,至少可以沒收所有敌国的私人财产。既然把敌国人民完全置诸法外的规则已经到处绝迹,因而在第一次世界大战以前,在许多国家——如奥匈、德国、荷兰和意大利——敌国人民不得在法院起诉或辩护的规则也已经消失了。但在英国和美国,① 敌国人民不得进行诉讼的一般规则还存在,② 虽然,如我们下面所要提到的,这个规则是有许多例外的。

但是,作者们曾经辩论,英美两国是否因海牙章程第二十三条(辛)的结果而负有改变其国内法的义务;该项规定禁止"把敌国人民的权利和诉讼权宣告取消、停止或在法院中不能执行"。英国于1911年正式否认对这一条的这样解释。它指出,根据实际上所用的字句、根据这些字句在关于战场上军队行动的规定中的地位,以及根据产生这些字句的情况,都不能作这样的解释。③

在第一次世界大战前夕,问题还是这样;当时德国政府宣布:

止居住在某一特定地区,等等?那么,就适用属人的标准而查明他的国籍。(二)你是否要知道他是否可以在英国法院中进行诉讼,是否可以有效地订立契约,你是否可以和他发生关系而不致犯"对敌贸易"之罪?那么,就适用属地的标准而查明他自愿在哪里居住或在哪里进行业务。例如,如果一个英国人或中立国人自愿居住在敌国领土,按照属地的标准他就是一个外国敌人;相反地,一个被允许在英国登记并在英国居留的敌国人民,就属地的标准所涉及的目的而言,不是外国敌人——即使他根据一般拘禁政策而被拘禁。

① 就严格法律而言,在法国也是这样。

② 在卡塞尔斯诉贝尔案(1799年)中,以外国敌人为抗辩的理由被称为"一个有缺点的抗辩"。

③ 见上卷第554目(十一)。这项否认是包含在致奥本海教授并由他加以发表的一封信之中。

"鉴于英国法律的规则",德国政府在获得互惠之前，将停止"执行英国方面对于德国人的任何要求"。 两国未达成任何协议；英国遵循它的先前办法。在许多其他交战国里外国敌人所享受的诉讼程序方面的能力是否比在英国更大,是极可怀疑的。事实上，英国的规则有许多例外，以致在实际上只有不在英国居住的外国敌人才没有诉讼能力，而且就是他们，也不是在所有情形下都是这样的。

**作为原告**——首先，居住在一个盟国或中立国①或持有许可证书的敌国人民,并不被禁止提起诉讼;而且，居住在英国的敌国人民,只须遵照强制登记的命令,就被默示地认为获得许可，并且这种许可并不因根据一般政策被拘禁为平民战俘而丧失。其次,一个敌国人民,不论住在哪里,只要他认为有权享受"1907年任何一个海牙公约的任何保护、特权,或救济",②就可以以权利请求人的资格出席捕获法院。此外还有其他例外。③即使一个敌国人民在战

① 在尤登诉勃瑞尔案(1916年)中，在第一次世界大战期间，两个表面上是在中立国进行业务的中立国人而实际上是在敌国和敌占区进行业务的行号的合夥人的人，被禁止在苏格兰法院起诉。同样地，在索夫拉舒特诉尤登公司代理人案(1943年)中，英国上院判称：由于荷兰是在德国的有效占领之下，一个依据荷兰法律成立的公司不能起诉。在英国国际银行案(1943年)中，法院判称：依据对敌贸易法，给敌国占领地内的股东邮寄关于减少资本的通知是一种犯罪行为。其结果是，他们接受这种通知的权利被暂停了。麦克奈尔指出，该判决的间接效果是："他们仍然是股东，但他们作为股东的权利暂时停止。"

② 出庭的权利曾被适用于关于苏伊士运河或涉及埃及对英国政府的特殊关系的任何专约。英国枢密院1916年的判决未涉及这一点，但似乎没有理由把请求的权利只限于任何一类条约。格伦洛埃号案(1943年)确认了下述规则：除了国际条约或王家许可证外，任何东西都不能使外国敌人享有诉讼资格。

③ 例如，一个不住在英国的外国敌人为了答辩的目的可以作为名义上的原告参加诉讼；而且被俘获为战俘的敌国士兵或水手也许可以依据早期的玛丽亚诉霍尔案(1800年)就工资合同问题提起诉讼。英王发给贸易许可证，就使许可证范围内的交易行为成为合法，并使许可证范围内的敌国人民能在英国法院起诉——如果住在英国，可以直接起诉；如果住在敌国领土，则显然要通过一个代理人或受托人起诉。关于贸

时丧失诉讼能力，他在战前所应有的诉讼权并不消灭，而应在和平恢复时回复；而且，即使和约不这样明文规定，① 在战争期中，诉讼时限规则对他也不发生作用。②

1945 年英国起诉时限（敌人和战俘）法明文规定，如果在任何规定诉讼时限的法律所规定的期限届满前的任何时候，一个本来应当是诉讼的必要当事人的人是一个敌人或被拘留在敌国领土，这个期限在那个人还是敌人或还被这样拘留的期间，不应认为已在进行。

**作为被告**——一个外国敌人总是可以充当被告。各国立法③

---

易许可证的一般情形，见第 217 目。本书第二版以布斯麦克案（1806 年）为根据，认为一个外国敌人可以在破产案件中证明其债权；但这已经不是现行法律，除非他因其他理由被解除了能力的限制。本书第二版又根据詹森诉三泉联合矿业公司案（1902 年）认为：一个被告可以放弃以外国敌人为理由的抗辩。但是，这大概已经不允许了。在格伦洛埃号案（1943 年）中，法院明白指出，一个外国敌人如果没有英王的许可证或条约或一般国际法所承认的特权，即使他只是为了反对没收，也不能出席捕获法院为权利请求人。

美国最高法院在一个案件中似乎准许了另一个例外，在该案中法院将判给原告外国敌人的款项交给了外侨财产保管官（柏治—福伯斯公司诉海伊案）。霍姆斯法官于发表法院判决书时说：“判外国敌人胜诉的判决并没有什么不可思议的害处……目前，只有当这种判决可能给敌方以帮助和慰藉时，才应加以反对。”但最近纽约最高法院却判称：不能用把胜诉所得的款项交给外侨财产保管官的方法来规避敌国人民无诉讼能力的规则（德留里诉奥那西斯案，1943 年）。象在英国一样，在美国显然承认居住在美国的外侨有诉讼权。在索夫拉舒特诉尤登公司代理人案（1943 年）中，英国法院除其他事项外判称：尽管收回的款项在事实上是不可能寄往国外的，外国敌人仍然没有诉讼能力。因为这样造成的资产还可能被使用以使敌人获得好处。

① 第一次世界大战后各和约规定：“一切时效期限或诉讼权的限制……就敌人之间的关系而言，应认为在战争期间暂时停止。这种期限和限制至早在本条约生效后三个月才得重行开始计算。”见对德和约的第三〇〇条。1947 年对意和约附件第十六号订有几乎相同的规定。在盖林格尔诉瑞士银行案（1940 年）中，英国法院拒绝命令一个外国敌人交存诉讼费用担保金，因为他的诉讼已因战争爆发而暂时中止。

② 这一点还未解决。

③ 例如 1915 年的对敌起诉法——该法现已到期作废。

或法院实践① 都规定有遇有外国敌人在管辖权范围以外时的另外送达文件办法。同时，外国敌人就对其提出的诉讼进行辩护的权利，是被明白承认的。②

### 第100目——2 1949年日内瓦公约与外国敌人的待遇

1949年关于战时保护平民的日内瓦公约，③ 对于在交战国领土上的外国敌人的待遇，④ 有详细的规定，这些规定在许多方面超过了习惯国际法所规定的义务。公约规定，外国敌人在战争开始时或在战争进行中希望离境者，除非其离去是违反所在国的国家利益的，均应有权离境。他们应被允许携带旅行所合理需要的款项和相当数量的个人物品。必须规定一种简便手续，来决定他们的离境申请和重新审查拒绝申请的决定。除非安全理由所不许，交战国应向保护国提出不准离境的理由和有关的人的名单(第三十五条)。公约有详细规定，保证离境的外国敌人离境和运输交通的妥善条件(第三十六条)。除受国家安全要求的限制外，留在交战国土内的外国敌人必须按照和平时期外侨待遇的规则给予待遇。特别是他们应被允许领受可能送给他们的个人或集体救济物品，获得与交战国人民同等的医药照顾与住院待遇，以及与当地人民同样迁出特别有战争危险的区域。如果他们因战争而失业，应予以寻觅其他有报酬工作的机会。如果交战国基于安全的理由所采取的管制办法使

① 英国高等法院首席法官曾于1940年12月17日发出这样的通知。

② 在美国，外国敌人的辩护权利由法律(对敌贸易法第七节(乙)项)予以明白承认。

③ 见第68目。

④ 这些规定不适用于不受公约拘束的国家的国民。该公约并规定，在交战国领土内的中立国国民以及共同交战国的国民，在他们所属的国家与他们所居住的国家有正常外交关系时，不应视为受该公约保护的人。该公约这一部分象其他一部分一样，所用的名词是“被保护人”，而在该公约这一部分，所涉及的人在许多方面是外国敌人；所以，为了明确起见，本节把他们称为外国敌人。

他们不能寻觅在合理条件下的工作，交战国应保证维持他们和受他们抚养的人的生活(第三十八条和第三十九条)。他们只能在与交战国国民同样限度内并在同样条件和利益下被强迫工作；他们不得被迫担任直接与军事行动有关的工作。① 公约明文规定，将外国敌人加以拘禁或把他们安置于指定居所，仅于拘留国安全有绝对需要时，才可以下令施行。该公约对于通过保护国的代表自动请求拘禁——显然为着自己的安全——的人，也有规定。在这种情形下，如果这种人的处境使其拘禁成为必要，则交战国应予以拘禁。被拘禁或被安置于指定居所的人，有权请拘留国的主管法院或行政机关对这种行动重新审查。如果拘禁仍予维持，则应规定对该事项予以定期审查，“以期于环境许可时对于最初决定作有利之修正”(第四十二条至第四十三条)。② 鉴于第二次世界大战的经验，该公约第四十四条是有特别意义的；该条规定，在适用公约所提及的管制措施时，拘留国不得将事实上不受任何政府保护的难民仅根据其法律上的敌国国籍而给以外国敌人的待遇。第二次世界大战期间和第二次世界大战以后曾经发生下述的情形：被迫害的难民在被他们本国剥夺了国籍之后，仍然被他们所居住的交战国视为外国敌人。③

① 第四十条。他们可以被迫担任的工作是“通常为保证人类食、住、衣、行及健康所必需”的工作。

② 该公约的第四十五条并有关于移送至其他国家的详细规定。公约在其他事项外并规定：被保护人不得被移送到非本公约缔约国的国家；他们除非得到接受国同意，不得予以移送；他们在任何情况下不得移送到因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害的理由的国家；他们可以被引渡，但只能按照战争开始前所订立的条约并且是关于违犯普通刑法的罪行。

③ 例如，德国在战争期间曾经颁布命令，取消居住在国外的犹太族德国人民的国籍；英国法院拒绝承认由于这种命令所引起的任何国籍的改变。虽然有许多有力的理由说明为什么一个交战国不应被允许以命令取消它的居住国外的人民的国籍从而改变他们的地位，并免除他们作为外国敌人的责任，但日内瓦公约第四十四条所依据

在这些规定之外，适用于交战国领土和占领地内的人民的该公约第二十七条至第三十三条，规定有更为一般性的原则。例如，公约规定，这些人有权要求尊重他们的人身、荣誉、宗教信仰与仪式和家庭权利。除基于健康状况、年龄、性别而受特殊保护外，他们应享受同样待遇，并不得基于种族、出身或政治意见而有所歧视。不得利用把他们放在某一地点或地区的办法，来使该处免受军事行动之害。对于他们不得施以身体上或精神上的强迫，尤其不得借以从他们取得情报。该公约特别禁止采取任何足以使被保护人遭受身体痛苦或消灭的措施。这项禁令"不仅适用于谋杀、酷刑、体刑、残伤肢体及非为治疗所必需之医学或科学实验，并适用于文武人员施行之其他任何残酷措施"(第三十二条)。集体惩罚和一切恫吓或恐怖手段，都被禁止。被保护人不得因非本人所犯的行为而受惩罚(第三十三条)。有关的第二十九条除了确认交战国应对其人员所给被保护人的待遇负责之外还规定:"不论此项人员所负之个人责任如何"。对于破坏战争法规，除了国家应负责任之外，个人也应负责任，这一向是国际法的一部分。① 但是，鉴于第二次世界大战后各种战犯审判中常常提出的相反说法，对这项原则明文加以确认是有价值的。

最后，该公约有一些关于被保护人诉诸保护国、红十字国际委员会和各国红十字会的规定。这些组织应在军事考虑和国家安全的范围内得到执行其任务所需的各种便利。这一点特别适用于这些组织的代表，为着对被拘禁人分发救济物品和给予其他救济的目的而进行的对被保护人的访问(第三十条和第一四二条)。保护

的人道主义考虑也是不应忽视的。特别是在敌对行为终止后很难有任何理由把难民继续当作外国敌人看待。英国在第二次世界大战期间曾停止外国人入籍，美国则不停止。

① 见上卷，第 153 目——1。

国的代表应被允许前往被保护人所在的一切地方，特别是拘禁、扣留和工作的地点。他们应被允许亲自或通过译员与被保护人会谈，而无须见证人在旁。除因迫切军事需要的理由外，不得禁止这种访问，而且即使在迫切军事需要的情形下，禁止也只是一种例外和暂时的措施。访问时间的长短和次数不得加以限制。红十字国际委员会的代表应享受同样的特权。

该公约的大部分是关于被拘禁人待遇的规定（第七十九条至第一四一条）。该公约包括拘禁处、食物和衣服、卫生和医药照顾、宗教、文化和体育活动（包括被拘禁人所担任的工作）、被拘禁人的个人财产和经济来源、管理和纪律、与外界的关系、对被拘禁人的刑事制裁和纪律制裁、被拘禁人之移送其他拘禁营、被拘禁人的死亡、释放、遣返及收容于中立国所引起的事项，以及关于被拘禁人的情报局和中央事务所各章。这一段的"总则"在其他事项外还规定：拘禁被保护人的交战国应负责免费维持他们的生活（包括依靠被保护人过生活而无适当的维持生活方法或不能谋生的依附人的生活）；被拘禁人应尽可能按照他们的国籍、语言和习惯予以安置——但另一方面，属于同一国家的被拘禁人不得仅因其语言不同而予以隔离；在可能范围内，家庭不应予以隔离。

关于公约的执行、对破坏公约的惩罚，以及解决关于解释和适用公约的争端等规定，与 1949 年的其他日内瓦公约相同。[①]

**第 101 目　交战国人民之间的交往——特别是贸易**　第一次世界大战前，大多数英美作者和法院判决，以及一些法德作者，师承宾刻舒克，认为国际法有一项规则：除战争习惯（如赎回证书）所允许或为特别许可证[②]所许可外，战争的爆发当然禁止交战国人

① 见第 131 目。
② 见第 217 目。

民之间的一切交往，特别是贸易；交战国人民之间在战争爆发前所订立的一切契约全归消灭或暂停效力。① 另一方面，大多数德、法、意三国作者则否认有这样的规则，但承认各交战国有权以特别命令禁止它们的人民和敌国人民之间的一切商务交往。这个问题主要是国内法问题，不是国际法问题。

在英美两国，自从十八世纪末以来，已经有一项绝对确定② 的通常法规则，即：除某些情形外，与敌国人的一切交往，③ 特别是贸易，除经特别许可证允许外，都因战争的爆发而当然成为非法。当第一次世界大战爆发时，各交战国都以法律或命令补充或改变它们的国内法上关于对敌贸易的规定。例如，英国于 1914 年 9 月通过了 1914 年对敌贸易法，禁止(除有许可证外)在战争期中进行通常法、制定法或公告所禁止的一切交易行为，其中包括足以增进在敌国贸易或居住的人的财务和商务地位的一切交易行为，例如向其还债、经营和他有利益关系的证券、经手运给他或从他运来的货物、④ 或和他订立契约。⑤ 法国依据 1914 年 9 月 27 日的命令，在

① 萨缪尔·伊凡斯爵士在潘那莱洛斯号案(1915 年)中再次规定：战争的爆发当然禁止一切敌对贸易，是国际法的一个规则。对于这种禁止越过战争分界线的交往，曾经提出各种不同理由，其中有：抽象的个人敌对论、摧毁敌国商务的目的、和"允许敌对国家人民之间密切交往的危险性和不可能性"。

② 海事法院始终认为对敌国人民的贸易是非法的，而通常法法院则在十八世纪中并不认为对敌国人民的贸易是非法的，至少就保险敌船敌货不受英国巡洋舰拿捕而言是如此的。吉斯特诉梅森等案（1786 年）可以说标志了通常法法院中所流行的关于对敌贸易问题的松弛见解的失败；这些见解之所以流行，似乎主要是由于曼斯菲尔德勋爵的原故，他作为商务案件的法官的优点之一就是他伸张商人的观点。

③ 在英王诉林奇案(1903 年)中，法院判称：一个英国人在战争爆发后入敌国籍，是犯了叛国罪。见上卷，第 306 目。

④ 对敌贸易并不因货物从敌国运来英国、或从英国运去敌国是经过中立国到达其目的地而成为合法。但是，如果货物是中立国人民自己所善意购买的，后来经过中立国领土运往敌国，这就不是对敌贸易的情形了。

⑤ 在战争期间无特别许可证而与外国敌人成立的一切契约都是非法、无效并且

其序文中明按照国际法的一项确定原则，战争本身禁止一切对敌商务之后，明文禁止对敌国人民或在敌国居住的人的一切贸易、与这种人的一切契约(任何行为或契约)，以及为着他们的利益而偿付由于“订立任何行为或契约”所产生的金钱的或其他债务。德国依据 1914 年 9 月 30 日的命令，禁止对居住在英帝国的人偿付任何款项;后来这个禁令扩大适用于居住在其他敌国的人。但是，德国法律允许未为明文所禁止的对敌贸易；禁止这种贸易的德国立法似乎不像英法两国那样严格。美国依据 1917 年 10 月 6 日的对敌贸易法，禁止与居住在敌国或在敌国经营商务的人进行任何贸易或订立任何契约、对这种人偿付任何款项，以及和他们进行业务或商务通讯。1941 年对敌贸易法大致相同。①

在 1939 年对德战争爆发时，英国 1939 年对敌贸易法对于对敌贸易下了一个非常广泛的定义。该定义一般地包括了任何“曾与任何敌人或为任何敌人② 的利益③ 而进行商务、财务或其他交往”的人。它特别包括下述的任何人：(一)曾向敌人或为敌人的利益供给任何货物，或从敌人取得任何货物，或买卖或运送任何托运给敌人或敌人托运出来、或运往敌国领土④ 或从敌国领土运出来的货物；(二)曾向敌人或为敌人的利益或向敌国领土的一个地方偿

---

是永远不能执行的，这早就是英国的规则；但在有 1914 年对敌贸易法及根据该法所发布的命令之前，这项规则被认为有两个例外：(一)订立契约是为了供给在法国的一个英国战俘的需要；(二)订立契约是为了供应一个入侵别国的英国军队或英国舰队。

① 在西里西亚美国公司诉司法部长克拉克案（1947 年）中，法院就对敌贸易法（经 1941 年战时权力法修正）对为了敌国（德国）公司的利益而持有股份的一个中立（瑞士）公司的影响，对该法作了解释。法院判称，有关的股票应交给敌产保管官。

② 关于“敌人”一词的定义，见第 88 目至第 90 目。

③ 使用“利益”一词的结果是：对敌贸易的概念现在可以包括两个居住在英国的人之间的契约或一个居住在英国的人和一个居住在中立国的人之间的契约。

④ 第十五节规定：“敌国领土”是指在对英国作战的国家的主权或占领下的任何地方。但这种领土不包括英国或其盟国所占领的地方。

付或寄交任何款项、有价证券或款项担保品;(三)曾对敌人履行任何义务或替一个敌人履行任何义务;(四)曾违反该法中关于敌人转让有价证券和诉讼标的物的规定;(五)购买敌国货币。

**第101目——1　战争对契约的效果**　国际法所准许的,或按照另一种看法,国际法本身所要求的禁止对敌交往的一个副产物,是战争对战线两方的人们之间所订契约的法律效果。在尚未明确划定的一般范围内,国际法承认每一个国家有权以国内法规定这个问题。下面试将英国法院所发展出来的主要原则予以简要说明。

**(一)战前订立并被违反的契约**——在这里,战争爆发前就已经产生了提起违约诉讼的权利,而这种诉讼权利能否执行,决定于上面已经讨论过的关于诉讼资格的一些规则。一般的规则是,外国敌人(依属地的意义)在战争期间不能在英国法院充当原告,但得充当被告;在战争结束后,他的暂停的诉讼权利即行恢复并且可以执行;在战争期间,诉讼时限规则也可能——但不一定——暂停效力。①

**(二)战前订立而在战争爆发时全部或局部尚未履行(待执行性的)的契约**——在这里,战争的效果决定于契约的性质。

(甲)**废止**　在实际上,由于这种契约的履行或继续履行将涉及被禁止的越过战线的交往,因而最普通的效果就是契约的废止,即契约的解除或免除。除其他外,下述各种契约被认为是属于这一类的:代理、②合伙、③运载(例如,依据英国法律,一只英国船在一个敌国港口内装货或卸货是非法的)、货物的售卖、海上保险、火灾

① 见第100目——1。

② 这是从原则上以及从斯蒂芬逊父子公司诉卡多那根工业总公司案(1918年)所得到的正确推论。

③ 但外国敌性合夥人的资产份额和该份额在战争期中的营利所得并不归于英国合夥人。

保险。而且，即使契约明文规定在战争期间暂停契约的执行和当事人之间的交往，如果该契约的继续存在使其能在媾和后重新有效，致使敌国保全了一种商务上的利益——即使这种利益的享受是被延搁了——从而是违反公共政策，该契约仍然应被视为已经废止。①

**（乙）次于废止** 要分出一类契约而认为战争对它们的效果是暂停效力，是不可能的。但是，确有“一些契约，特别是那些真正附属于财产权的契约，即使是待执行性的，也并不被废止”②；外国敌人（依属地的意义）在战争期中是被暂时停止行使他们依据这种契约所享有的权利的。例如，一个英国公司中的外国敌人（依属地的意义）的股东不能委托投票，或收取股息，似乎也不能转让他们的股份。居住在英国的房东可以在英国法院中依据租赁契约向具有外国敌人身份的房客（依属地的意义）索回在战争期中所应该交纳的租金；但是，无疑地，具有外国敌人身份的房东（依属地的意义）在战争期中向在英国的房客索取租金的权利是被暂时停止的。至于人寿保险单的情形，外国敌人的权利可能也是被暂时停止的。

---

① 在谢林公司诉斯德哥尔摩安斯基尔达银行案（1946 年）中，英国上院判称：该案中的担保契约事实上在战前已经履行完毕。在同案中，英国上诉法院判称：与一个中立国人订立的一个载有暂停效力条款的契约，除非有非法使用敌国资源的很大可能性的，不予废止。1944 年，在拜耳公司诉拜耳颜料制造公司案中，加拿大安大略省高等法院在 1944 年判称：虽然该契约是待执行性的，但是由于加拿大的对敌贸易条例把依约取得付款的权利有效地交给了敌产保管官，所以该契约不因战争爆发而废止。因此，该契约的继续存在并不有利于敌人或涉及与敌人的交往。1941 年，法国最高法院在判决布西诉梅涅蒂案时，改变了法国法院过去的实践，判称：特别是既不涉及敌对国家之间的交往、也与敌对行动无关的私法性质的条约，不仅仅因战争的爆发而停止效力。

② 在斯蒂芬逊父子公司诉卡多那根工业总公司案（1918 年）中，外国敌人对于英国合夥人在合夥解散后，利用该外国敌人的资本份额获得的赢利的份额所应享有的权利，在战争期间是被暂时停止的。

（三）**战争期间企图跨越战争界线订立的契约**——这些契约不论是否贸易契约，一律是非法的、无效的和不能执行的。[①] 差不多在所有的案例中，这种企图都要构成“对敌贸易”罪或“对敌贸易”未遂罪。

为本目（第 101 目——1）之目的，敌国占领下的领土的地位是和敌国领土基本上一样的；“战争界线”可能是沿着敌国领土的周围划出的，因此，居住在盟国或中立国领土内的敌国人民，为了这个目的，将不被英国法院视为外国敌人。

1919年各和约规定了一些规则，为第一次世界大战的大多数交战国确定战前契约的地位之用，这些规则一般地是遵循英国的实践的。指导的原则是，契约从当事人之间的贸易成为非法之日起被废止。[②] 但这个原则不适用于租借、抵押和条约所提及的其他几种重要契约。[③] 1947 年对意大利、匈牙利、芬兰、罗马尼亚和保加利亚各和约采取了一个不同的原则。这些和约规定：一切需要已成为敌人的当事人之间的交往的契约，应予解除。解除是从各当事人成为敌人之时起算。这就是说，与 1919 年各和约不同，一切不需要敌人之间实际交往的契约仍然继续有效。1947 年各和约也准许那些规定有战后恢复效力的暂停条款的契约维持有效。

**第 102 目　敌国境内的交战国财产的地位**　以前，交战国可以在战争爆发时没收彼此领土内的一切公私敌产（不论不动产或动产），也可以没收欠负敌国的债务；而许多国家间订立的规定战

---

① 问题：国际法庭或其他国家法院是否必须将这种契约视为无效呢？若干案件作了否定的答复。

② “但按照契约所作的任何行为或所付的任何款项而产生的任何债务或其他金钱债务，不在此例。”见凡尔赛条约第二九九条。

③ 凡尔赛条约第二九九条的英文本认为战前契约“已被解除”；法文本用“已被废止”，似乎略有不同。

争爆发时撤退侨民的条约[1]也规定可以无限制地撤退它们的侨民的私产。由于这些条约的影响，产生了一种国际惯例和实践：交战国不得没收其领土内的敌国私人财产，也不得取消负欠敌国人民的债务。最后一次没收私人财产的事例发生在1793年的法英战争。十九世纪没有发生过没收的事例。但是，这个实践在什么程度上已经确定地成为国际法的一项习惯规则，禁止没收交战国领土内的敌国**私人**财产和取消负欠敌国人民的债务，则是有争论的。[2]无论如何，这项规则并不禁止各交战国夺取其领土内的敌国**公产**，如款项、军火、给养、敌国国家铁路的车辆，以及其他贵重物品；也不禁止各交战国阻止可供敌国[3]军事行动使用的敌国私人财产——如武器弹药——的撤退；也不禁止各交战国夺取并使用敌国私人铁路公司的车辆和其他运载客货的工具及传播消息的器具——即使这些是敌国私人财产，只要在媾和后予以归还并给赔偿即可；也不禁止各交战国停付负欠敌国人民的债务至媾和之后，以便防止增加敌国的资源。

私人土地财产权不得没收的规则指导着第一次世界大战初期各交战国的政策。例如，1914年的英国对外贸易(修正)法设立了一个敌产保管官，其一般责任是接受应付给敌人的红利和其他款

① 见第100目。

② 在保加利亚废王菲迪南德案(1921年)中，斯登德耳勋爵认为：如果本书先前各版所表示的关于没收的权利已经过时作废的见解是要适用于在特殊情形下(以别于一般的没收)英王夺取其领土内敌国人民的私有财产的权利的话，那么，在他看来，那种见解不是正确的。(在这个案件中，英国上诉法院判称：英王仍然有夺取和没收其领土内敌国人民的私人财产的通常法权利，虽然与此不一致的历次对敌贸易法使这种权利至少暂时不能行使。)看来废王菲迪南德的财产是逃不掉的；它虽然没有依据通常法被"没收"，但却依据对保加利亚和约被"扣留"了。英国法律不承认一个法律规则可以过时作废；一个法律规则必须用制订法加以废止。

③ 当1904年战争爆发时，俄国和日本互相准许两国港口内敌国商船于一定时间内毫无留难地离开，是以货物中没有禁制品为条件的。

项，把它们投资，并加以保管（除在某种场合用以偿付债务外）直到战争结束为止。但是，许多国家为了要消除敌国的财务和商务的影响，以及为了其他动机，不久就对敌国的商业和财产采取非常的战时措施，而这种措施虽然不是没收，但对敌产造成了重大的损失和损害。有时这些措施没有达到取消敌人的财产所有权的程度；但在另外一些场合，商业和财产被清算了，并于战事结束时仅交出财产变卖所得的款项，而这种款项往往远低于财产本身的价值。1939 年对敌贸易法[1]规定委派敌产保管官，以防止向敌人偿付款项并保管敌产以待媾和时所作出的处理办法。

第一次世界大战后各和约规定对私人土地财产权加以调整。这些复杂办法所根据的一般原则，是互相确认一切已完成的战时措施的效力。但是，虽然中欧国家领土内尚未完成的清算应予停止，而且战胜国人民因战时非常措施对他们财产所造成的损失或损害应获得赔偿，但是战败国人民在协约国领土内的财产则得予以扣留和清算，而财产所有人应向其本国请求补偿。变卖这种财产所得的款项不交给财产所有人或其本国，而应记入他的本国账上，作为该国依据和约所应偿付款项中的一笔付款。[2]在有些国家之间——例如英国和德国之间——曾经设立清理局以收取和偿付战前债款，[3]并组织混合仲裁法庭以决定关于债务、契约、财产、权利和利益，以及各和约所产生的其他事项。

---

① 依 1939 年对敌贸易（保管官）令第五项，在英国成立的公司或在英国有股份转户或登记处的公司，有义务将敌人所持有的或为敌人的利益而持有的一切股份、债券或其他证券通知敌产保管官。依照该令，贸易部有权将敌产或敌产转让权交给保管官。

② 例如，凡尔赛条约第二九七条至二九八条。

③ 第二九六条。1932 年 7 月 26 日，英国和德国订立了一个协定，规定暂时解散混合仲裁法庭。在这以前，英国为了减轻困难情形，曾经依照特别设立的以布兰斯堡勋爵为主席的委员会的建议，发还了大部分某些特定种类的被清算的德国财产。1929

1947年各和约规定，各战胜国有权扣押、清算和扣留敌产，并用以满足盟国及其人民依据各和约提出的包括债务在内的要求。①超过这些要求的数目的敌方资产或其价款应予以归还②——但工业财产权(即专利权、设计、商标和商号商品名称等)则为重要的例外。这些不需要归还，在确定保留的财产的总数时也不予计算。③各和约对于扣押财产的权利规定有重要的例外。这些例外包括盟国境内的领事和外交财产；停战前就被允许居住在盟国领土内的敌国国民的财产（这项规定给予许多被迫害的移民和难民以合理的保护），以及文学艺术财产和宗教及慈善机关专为宗教及慈善的目的使用的财产。有关的国民的本国同意对于他们被夺取的财产给予补偿。在战争期间，在敌产的命运由各和约决定之前，盟国境内的敌产由保管官或类似的管理措施予以管理。

关于盟国及其人民在敌国领土内的财产，1947年各和约规定完全恢复其“法律权利和利益”，并规定其他财产应依和约生效时的状态予以归还。战胜者和战败者财产的不同待遇，正如这些和约序文所说明的，是因为战败国担负了参加侵略战争的责任(此外别无其他解释)。这是两次世界大战后——由于没有更公正的机构——战胜者所采用的标准。但是，这不是毫无价值的标准。在

---

年12月，英国和德国政府订立了一个协定，规定发还在该协定订立时尚未清算或尚未最后处理的德国财产。1928年的美国解决战争求偿法规定将外侨财产保管官所持有的一切财产归还德国所有人，并规定将德国所有人关于战争期间被美国征用的商船和专利权的求偿交付一个仲裁员裁决。

① 对意大利和约第七十九条。

② 显然是归还所有人本人。这是从各和约的文字间接推论出来的。对意和约第七十九条（三）规定：“意大利政府负责补偿依本条规定财产被夺去而不予归还的意大利国民”。

③ 这项规定基本上和1919年各和约并无不同，1919年各和约规定，协约国有权对德国及其同盟国家加以协约国所认为共同防御或公共利益所必要的关于工业财产的限制。

战胜者代表着绝大多数国际社会成员而且它们的行动可以相当正确地说是执行国际法的情形下，更是如此。私有财产豁免原则并没有这样大的固有的价值，以致可以成为一种绝对的障碍，使侵略国的人民在这一特殊领域内并在媾和后①免受他们本国的非法行动的后果。

一个交战国在其本国商船上所发现的敌产不享受任何免于没收的特权，因为海上敌国私产②，不象陆上私产，除在中立国船上外，是到处可以拿捕的。因此，在第一次世界大战期间，英国捕获法院曾经在若干案件中判决没收英国商船上的敌货，不论它们是在英国港口卸下以前或以后被夺取的。③而且，在战争爆发前交存在英国港口的保税仓库中而战争爆发时还在那里的敌货，按英国的实践仍然被认为是在海上的。

**第 102 目——1 中立国境内的交战国财产** 在通常情形下，中立国境内的交战国财产受中立国的公正保护，免受另一交战国的夺取。但可能发生这种豁免构成违反国际法原则滥用中立国领土的情形，因而中立国应当——事实上有义务——把该财产交给对方交战国。例如，在第二次世界大战期间，德国政府和德国战争首领及德国私人曾把德国及其同盟国在占领区劫夺来的大量财产——或其价款——存放在中立国境内。盟国曾经屡次发表声明和警告以维护它们对此问题的立场。在德国被占领后，盟国曾制订法律，规定扣押德国的国外资产并将这些资产的价款交给盟国

① 另一方面，禁止在战争期间进行没收的现行实践是值得保留的。

② 1905 年，在日俄战争期间，一只俄国船泰利亚号在一个日本船坞修理时被拿捕，该船虽然是在船坞旁的陆地上而不是在海上，但被判决作为敌船予以没收。这是第六海牙公约订立以前的事，该公约禁止在战争爆发时没收港口内的敌国商船。（第 102 目——1）。

③ 贝提认为码头和干船坞不是港口的一部分，而且，所涉及的是敌货本身还是敌货因易烂而在英国港口内出卖的价款，是没有关系的。

当局。有些中立国,如瑞士和瑞典,被说服订立了这样的协定。盟国政府对这个问题所采取的措施并获得下述事实的支持,即:盟国政府以在德国的主权当局的资格有权制订关于德国国外财产的法律。鉴于这些措施的起源和目的,它们并不能被认为属于单纯没收的性质,而中立国执行这些措施也未遭到以这些措施违反了正当意义的公共政策为理由而提出的反对。另一方面,这些措施有利于说明这样的见解,即:准许利用中立国领土以便利违反国际法和人道考虑的抢劫和掠夺,是和中立的真正目的不合的。①

**第102目——2 战争的爆发对商船的效果** 以前,国际法授权各国于战争将要爆发时或于战争爆发时扣留它们港口内的一切

① 关于1943年1月4日若干联合国家发出的警告,见第148目,附注。1944年2月22日,英、美、苏三国宣布,它们将不"承认轴心国家任何时候所持有或在世界市场上处分的劫夺得来的黄金的所有权的转移"。在布列敦森林举行的联合国家货币与金融会议于其1944年7月22日的最后文件中建议,参加会议的国家应要求各中立国政府立即采取措施,以防止轴心国家在它们的领土内处分或转移劫夺来的资产。1944年10月2日,美国政府要求各中立国政府"制订办法以防止各敌国政府和敌国首领及他们的合作者在中立保护下保持他们的劫夺物并以中立国领土为他们的财产窝藏所"。1945年8月2日的波茨坦协定规定,设在德国的盟国管制委员会应采取步骤对德国国外资产行使管制和处分的权力。按照这个规定,盟国管制委员会1945年10月颁布的关于德国国外资产的所有权归属和分配次序的第五号法律,规定设立了一个德国国外财产委员会。1946年1月14日的赔偿协定规定成立了一个盟国赔偿机构,并规定应取消德国对各中立国内德国资产的所有权和控制权并应予以清算,其净价款应交由盟国赔偿机构处理。依据后来在1946年6月14日订立的一个协定,从这些资产的价款之中拨出了一大部分充犹太人复兴和重新安置之用。1946年5月,美、英、法三国和瑞士签订了一个协定,规定将居住在德国的德国国民在瑞士境内所有财产的价款的一半予以清算并交给盟国。该协定规定,盟国将使用这些款项以复兴战争所蹂躏或消耗的国家,包括遣送物资给遭受饥荒的人民。瑞士所保留的一部分将以德国货币补偿财产被清算的所有人。瑞士应支付所需要的款项的半数。此外,该协定规定,瑞士应向盟国支付两万万瑞士金佛郎,以完全解决对于战争期间瑞士在德国取得的黄金的权利要求。瑞士虽然签订了协定,但声明它不能承认盟国所提出的权利要求的法律根据。1946年7月与瑞典成立了类似协定。在此以前,瑞典和瑞士都曾采取若干措施以管制德国资产。例如,瑞典曾经制订一个法律,规定1939年8月31日以后来自占领地的某种财产予以发还。葡萄牙也曾经制订类似的办法。

敌国商船，以便予以没收。而且，正在海上的敌国商船，于战争爆发时，即使它们还不知道战争爆发，也可以予以拿捕和没收。从1854年克里米亚战争之时起，有些国家开始实行一种关于交战国港口内的敌国商船的惯例，即：不得为没收的目的而扣留商船，[1]而应给他们以合理的时间（所谓宽限）以便它们得不受留难地离开。但在1907年第二次海牙会议之前还不存在着任何规则；这次会议才产生了一个关于战争开始时敌国商船地位的公约（第六公约）。

第六公约将交战国港口内的船只和正在海上的船只加以区别。

（一）**港口内的船只**——该公约第一条规定：敌国商船如是在战争开始时在交战国港口内，或在战争开始前已经离开最后港口而在不知悉战争爆发的情形下进入交战国港口，**最好**准其立刻或在合理的宽限内自由离开，并在取得通行证后直接驶往它的目的港口或任何其他被指定的港口。

有些国家所遵从的战争爆发时交战国港口内敌国商船不得没收的惯例，被第二条所确定成为一个对各缔约国**有拘束力**的规则。

（二）**正在海上的船只**——按照第三条的规定，战争爆发前离开最后港口的敌国商船，在尚不知悉战争爆发的情形下，在海上为交战国巡洋舰所遇见，可加以拿捕，但不得予以没收。

在第一次世界大战期间，该公约的许多缔约国没有遵守这个公约，因此，英国考虑到相互性和实践的高度一致性是该公约继续有效所必要的，于1925年依据第十条的规定，通知荷兰政府废止整个公约（第六公约）。因此，在将来，英国捕获法院所执行的法律

① 见第40目。在利特耳章公司诉美国案中，美国最高法院判称：在没有条约的情形下，一个国家有权取得对这种船舶的"占有和所有权"，"而不违反国际法上任何一致或一般接受的规则"。

将是第六海牙公约批准前所实行的法律，即：战争爆发时在英国港口内或在海上遇见的敌国商船，即使不知悉战争爆发，也得予以拿捕，并作为捕获品予以判决没收。上面提到的在克里米亚战争时期开始的给予港口内敌国商船以宽限的实践不大可能继续发展和形成为法律；[①] 至少在现在，它不是一个国际法规则。[②] 在 1914 年至 1918 年之间并在以后几年中，各国法院曾判决许多涉及第六公约的案件。

**第 102 目——3　战争爆发对敌国民用飞机的效果**　目前还没有任何公约规定战争爆发时正在敌国领土内的民用飞机的地位；也不能说有任何习惯规则存在。1923 年的拟议中的空战规则规定(第五十二条)："在任何情形下，敌国私人飞机是可加以拿捕的"。照海战类推，那么，除非给予宽限，飞机是可以没收的。[③]

---

① 见第 188 目。

② 据信，即使在第六海牙公约不适用的场合，第 40 目所提到的预先扣留船舶的做法可以认为已经过时作废了。

③ 见 102 目。斯佩特提出了有力的论据以支持下述的见解：交战国在战争爆发时在其领土内发现有敌国民用飞机，有加以没收的自由；鉴于民用飞机易于改为军用，如果期望交战国会采取其他做法，是不合理的。1939 年的捕获法（见第 435 目——1）使捕获法适用于飞机，但是，该法适用于上述问题到什么程度，是不明确的。按照 1938 年意大利战争条例，战争开始时在意大利领土内的敌国私人飞机不得加以没收。这种飞机可予以扣留，并在战争期间予以征用（第二四二条）。

# 第三章　陆　战

## 第一节　陆战概说

**第103目　陆战的目标和手段**　战争的宗旨，即制服敌人，在陆战中是通过两个目标来实现的：① 第一，在陆地上击败敌国武装部队；第二，占领并管理敌国领土。交战国实现这些目标所使用的主要的而且也永远是决定性的手段，② 是对敌人施用的各种武力。但是，除了对敌方人身施用这种暴力外，还有其他手段，这些手段虽然只起次要的作用，但决不是不重要的。这些手段是：敌产的没收、利用和破坏；包围；轰击；间谍活动；叛逆的利用；诈术。

**第104目　陆战中合法的和不合法的手段**　用海牙章程第二十二条的话说，"关于用以伤害敌人的手段，各交战国的权利并不是漫无限制的"。骑士和人道的原则几百年来一直在发生作用，造成了这些限制；虽然这些原则时常必须服从于战争终极目的的最高需要，但是它们还没有失去它们的力量。所以，1949年的日内瓦各公约规定，③ 各缔约国即使是在废弃了这些公约之后，仍应受国际法原则的拘束，因为"此等原则系产自文明人民间树立之惯例，人道法则与公众良心之要求"。

**第105目　作战手段的对象**　在某种意义上，一切作战手段都只针对着一个对象——敌国，即必须用一切合法手段去制服它。除此以外，陆战手段是针对着几种对象的。这种对象主要是敌国

① 陆战的目标不可与战争的目的相混淆，见第66目。

② 但是，经济武器在第一次世界大战时所发生的累积的作用是不应忽视的。

③ 见第69目——1。

武装部队的成员。

**第 106 目 陆战和海战的区别** 陆战必须和海战相区别，主要理由有二：第一，它们的环境和情况大不相同，因此它们的手段和办法也不一样；第二，规定作战方法的造法性公约很少同时涉及陆战和海战的。例如，有些公约专门规定海上作战，而海牙章程(第四公约)则完全是关于陆战的。①

## 第二节 对敌方人身使用的暴力

**第 107 目 对敌方人身使用的暴力概说** 既然战争是国与国之间为了彼此制服而进行的争斗，因此对敌方人身施用包括各种武力的暴力行为就是主要的和决定性的作战手段。对战斗员施用暴力的目的是使他们失去战斗力，不能再参加战斗。这个目的可以用杀伤或俘虏他们的方法来实现。对于武装部队的非战斗员、沒有表现敌对行为的敌国私人和身居要职的官员，一般只能施用次要的武力手段，因为他们不参加交战国的武装斗争。

**第 108 目 战斗员的杀伤** 每一个战斗员，无论是士兵还是军官，或者甚至是君主或君主的家属，都可以加以杀伤。有些作者断言，按照作战惯例，不得以君主或他的家属为攻击目标。在严格的法律上说，并沒有任何规则禁止杀伤这些人。② 但是战斗员，只有在他们能够并愿意作战或抗拒俘捕时，才可以加以杀伤。因此，因病或因伤失去战斗力的战斗员不得加以杀害。不但如此，放下武器投降的战斗员，或不抗拒俘捕的战斗员，都不得加以杀伤，而

① 关于空战，见第 214 目——1 至第 214 目——6。

② 瑞典国王查理十二世在围攻多恩要塞时被守军故意射击，他说守军是有权利这样做的。这一例子应该解决了这个问题。

必须接受他们的投降。这些规则已经得到普遍承认，而且现在已经由海牙章程第二十三条(丙)加以明文规定。不过，战斗激烈时个别战斗员可能忘记和忽视这些规则。① 关于拒绝接受所谓突击队和空降部队的投降是犯罪行为这一点，上面已经讨论过。②

**第 109 目 拒绝纳降** 但是，必须纳降这一规则是有例外的。虽然，必须纳降在近来已经成为国际法的一项习惯规则，而且海牙章程第二十三条(丁)现在已经明文规定禁止拒绝纳降，但是，在下述情形下仍然可以拒绝纳降：第一，对于已经举起白旗表示投降而继续开火的军队的成员；第二，因对方拒绝纳降③ 而以同样的行为实行报复。④ 从前的规则认为对于下述人员可以拒绝纳降：被攻下的要塞的守军；保卫一个不设防地区以对抗炮兵进攻的人员；顽强而无效地坚守一个设防地区以对抗压倒优势的敌军的力量薄弱的守军。这些规则现时已经过时作废了。

**第 110 目 合法的和不合法的杀伤战斗员的手段** 前面已经提及，海牙章程第二十二条明文规定，交战国用来伤害敌人的手段

① 在所谓来比锡审判的过程中，在兰达夫里城堡号案中德国最高法院判称，违反第二十三条(丙)或在海上于同样情形下杀害敌人，都构成违反国际法的行为，而不能以上级命令为辩护理由。见第 253 目。

② 见第 81 目——1。1945 年，加拿大军事法庭将一个德国团长柯特·麦耶尔判处死刑，因为他曾鼓动他的军队拒绝接受盟军的投降。对他的判罪后来改为无期徒刑。在腊奇台歇尔案中，被告因为在一只英国商船已表示投降后仍继续对它开火而被判罪。见第 69 目，关于皮留斯号案。在 1945 年英国驻荷兰的军事法庭判决的阿美洛案中，被告因杀害从燃烧中的飞机跳出后躲藏在私人住宅里的一个英国空军人员而被判罪。在美国军事委员会于 1945 年判决的梯尔等案中，被告也因同样罪名被判刑。

③ 据信，本书原作者和其他作者所认为在俘获军的安全由于战俘的继续在那里而受到重大威胁的情形下得拒绝接受战俘投降的规则，现在已经失效，特别是因为有了海牙章程第四条至第二十条和第二十三条(丁)的规定，并且因为海牙章程明白宣称是考虑了军事需要而制订的。见第 69 目，附注。在这种情形下，战俘在被解除武装后，应予以释放。

④ 关于对战俘实行报复的最新的禁例，见第 126 目。

的权利不是漫无限制的。有些手段是条约所明文禁止的；还有一些手段是习惯所谴责的。但是，除这些为条约和习惯所明白禁止的手段外，一切现有的或可能发明的杀伤手段都是合法的。至于这些手段是对单个人施用的，如刀和步枪，还是对大群的人施用的，如炮弹、机关枪和地雷，那是无关紧要的。另一方面，一切不必要地加重受伤战斗员的痛苦的手段都是不合法的。所以国际法有一项习惯规则，也是海牙章程第二十三条所明文规定的规则，禁止使用毒物和足以引起不必要伤害的兵器、投射物和物品。① 因此，对于敌人汲取饮水的水井、抽水机、河流等都不应投放毒药；② 不应使用有毒的武器；③ 步枪内不应装放碎玻璃、奇形怪状的铁片、铁钉等；炮内不得装链条、铁闩、烧红的铁球等。另一项习惯规则，也是海牙章程第二十三条(乙)项所制定的规则，禁止以任何背信弃义的方法杀伤战斗员。因此，不得雇用刺客，不得暗杀战斗员；不得对敌方个人的首级悬赏；禁止宣告任何人为公敌或置于法律保护之外；不应背信弃义地请求投降；不允许背信弃义地假装病伤。

**第111目　爆炸性子弹**　1868年在圣彼得堡举行了一次会议，研究了俄国提出的关于在战争中使用爆炸性投射物问题的建议。1868年12月11日，十七国的代表签订了所谓圣彼得堡宣言，规定在各签字国和今后加入这个宣言的国家彼此之间发生战争

① 1915年，在第一次世界大战期间，德国人使用了所谓“火焰放射器”对敌方战斗员放射燃烧着的液体。毫无疑问，这种办法是不合法的，因为它造成“不必要的伤害”。

② 如果贴出告示通知敌人水已有毒，在饮水中投放毒药是否合法呢？在第一次大战期间，西南非洲德军司令曾经企图为这种办法辩护，但是这种办法是必须予以谴责的。

③ 不用投射物而用筒或其他方法散播有毒的和窒息性的气体（在第113目中讨论）——第一次大战中德国人创始了这种办法——是非法的，不管这是否在海牙章程第二十三条(甲)所规定的禁止使用“毒物和有毒的武器”的范围之内，因为这使战斗员受到不必要的痛苦。

时，它们的陆海军不使用任何重量在四百公分（十四盎斯）以下的爆炸性的或装有爆炸性或燃烧性物质的投射物。①

**第 112 目 膨胀弹（达姆弹）** 由于英国曾经使用在加尔各答附近的印度达姆兵工厂制造的子弹——这种子弹的硬壳不完全包住弹心，所以在人的身体内很容易膨胀变扁——因而第一次海牙会议通过了一个宣言，于 1899 年 7 月 29 日由十五国签字，其中规定，在签字国之中两个或两个以上国家之间发生战争时，不使用在人体内易于膨胀变扁的子弹，例如有硬的外壳而不完全包住弹心的子弹，或外壳上刻有裂纹的子弹。②

**第 113 目 散布窒息性或有毒气体的投射物** 第一次海牙会议还通过了一个宣言，在 1899 年 7 月 29 日由十六国签字，其中规定，各签字国在它们之中两个或两个以上国家之间发生战争时，不使用唯一目的在于散布窒息性或有毒气体的投射物。③在这一方面，该宣言表现了禁止使用毒物④和足以引起不必要伤害的物品的习惯规则。这两项规则在海牙章程第二十三条（甲）项和第二十三条（戊）项中已经有正式规定。从那时以后，关于废止使用毒气的和化学的作战方法曾经作过一系列尝试，其中有些已经成为具有法律拘束力的有效禁令。在凡尔赛条约第一七一条中，缔约国承认禁止"使用窒息性的、有毒的或其他气体，以及一切类似的液体、

---

① 关于在空战中使用爆炸性或燃烧性小型兵器问题，见第 214 目——4。

② 在第一次世界大战期间，各交战国互相指责对方使用这类子弹。迦纳认为："现有的证据……不能证明任何交战国曾经批准普遍使用这〔类子弹〕，也不能证明在事实上曾使用过这类子弹，也许除了偶然的场合以外。"在 1935 至 1936 年意大利和阿比西尼亚的战争中，据意大利说阿比西尼亚使用了达姆弹，因而它向国际联盟提出了抗议。

③ 不过，在第一次世界大战中，德国使用了这种炮弹，而它的敌人也使用这种炮弹作为报复。

④ 斯佩特说这是"最古老的和最普遍承认的作战规则之一"。

物品或方法”，并规定“严格禁止在德国制造或输入这些东西”。1919年其他各和约和1921年8月25日美国和德国订的柏林条约都有这项规定。在1922年2月保护战时在海上中立国人民和非战斗员的生命与禁止使用毒气和化学物的华盛顿条约第五条中，各缔约国宣告它们同意禁止“在战争中使用窒息性的、有毒的或其他的气体，以及一切类似的液体、物品或方法”。该约提到这一规定是宣示性的，因为它所禁止的方法“已为文明世界所正当地谴责”，而且“在多数文明国家为缔约国的条约中”已经禁止使用这种方法。这个条约没有生效，① 看来是因为对于有关潜水艇作战的规定发生了疑义。1925年6月，在召开关于监察军械军火的国际贸易的会议的同时，② 包括各大国在内的若干国家参加了国际联盟行政院召开的一个特别会议并签订了一个议定书，在议定书中，各签字国如果还不是禁止在战争中使用“窒息性的、有毒的或其他气体，以及一切类似的液体、物品或方法”的条约的缔约国，就接受这一禁令，并同意将这项禁令扩大到不得使用细菌作战方法，③ 以及同意在缔约国之间受本议定书条款的约束。这一议定书现在经包括所有欧洲大国在内的四十多个国家批准。④ 最后，必须注意，

① 见第194目——1。

② 见第25目——8。

③ 1949年12月，伯力苏联军事法庭曾经审讯若干日本人，并将他们判罪，罪名是制造细菌武器并屡次在1939年对蒙古人民共和国、在1940年至1942年对中国使用，而且日本陆军所组织的这种细菌战在中国造成鼠疫和斑疹伤寒的流行。1950年，苏联政府提议成立国际特别军事法庭，以这些或类似罪名，审判日本天皇和若干日本将领。

④ 英国的批准书在1930年4月交存。英国和法国（以及若干其他国家）签字时作了以下的保留：（甲）只在对受该议定书有效拘束的国家的关系上，才有拘束力；（乙）如果敌国或敌国的盟国不遵守议定书所规定的禁令，该议定书就不再有拘束力。见第69目——1。1938年意大利战争条例第五十一条和第五十二条中采用了这个议定书的禁令，但是对于这些禁令的遵守是以条约或实际上相互待遇为条件的。在1939年9月战争爆发后，德国在对英国的询问的答复中，表示愿意在相互条件下遵守1925年议定书的禁令。

在 1930 年裁军预备委员会的公约草案第三十九条确认禁止毒气战,① 而禁止毒气战、细菌战和燃烧战也构成 1932 年总委员会决议的一部分。②

这些至今还没有都取得法律的效力的草案和宣言，表明了禁止化学战有普遍化的趋势。但是，习惯法和具有拘束力的现行文件——如海牙宣言、海牙章程、凡尔赛条约第一七一条、1919 年的其他和约、柏林条约和 1925 年议定书的相应规定——的累积效果，则可能使这种禁令实际上对一切国家都发生法律效力。这种武器所固有的对战斗员和非战斗员同样的残酷性并使他们同样遭到不可估量的痛苦和伤害是如此严重，以致除了作为对同样行为的反击措施外,如以报复形式不分皂白地加以使用,应认为是犯罪行为。③

**第 114 目　从航空器上使用的暴力**　第一次海牙会议也通过

---

① 见第 25 目——9。

② 1938 年 5 月,国联行政院在接到中国政府的通知后,通过了一项决议,重申使用毒气作为战争方法是国际法所谴责的，并要求各国政府就力之所及，向国联提供关于这个问题的情报。1938 年 11 月,又通过了一项类似的决议。

③ 1930 年裁军预备委员会的最后报告书比正文中提出的主张更前进了一步,该报告书甚至对本身已经使用这种武器的国家也禁止作为报复措施而使用这种武器。但是，1936 年 4 月 30 日意大利政府致国联十三人委员会主席的通知虽然表示意大利政府有意遵守 1925 年议定书的规定，但意大利政府拒绝承认该议定书禁止为惩罚对战争法规的严重破坏而行使报复的权利。必须认为，意大利曾经使用毒气是已经确实证明的事实。

关于对各种气体加以区别的可能性，1930 年 11 月英国致裁军会议预备委员会的备忘录曾经说明：按照英国的解释,禁止使用“窒息性的、有毒的或类似气体”，系包括催泪气在内。有些气体诚然不象其他气体那样致命和残忍，但是如果承认任何类气体是可以使用的,因而许可制造使用这些气体所必要的设备，其危险是明显和巨大的,所以,我们认为,国际社会力图完全消除这种作战方式,是采取了正确的政策。

有很多人主张，鉴于各种平时工业极容易改为大规模生产使用毒气及一般的化学战所需要的材料，解决这一问题的最实际的方法（如果不是唯一的方法的话）是对这些工业实行相当程度的国际化和国际监督。

了一项宣言,于 1899 年 7 月 29 日签字,**以五年为期**,禁止从气球或别种航空器上投掷投射物或爆炸物。1907 年 10 月 18 日,第二次海牙会议又将这个宣言延续**到第三次海牙会议闭幕时为止**,但在第一次世界大战前,在这个宣言上签字的二十七个国家中,只有几个国家(其中包括英国和美国)批准了这个宣言,而德国、法国、意大利、日本、俄国——且不提那些小国——甚至沒有签字。当第一次世界大战爆发时,中欧国家之中沒有一个国家曾经批准这个宣言;它的规定沒有拘束力,也沒有被遵守。①

**第 115 目 对武装部队的非战斗员使用的暴力** 应该记得,有许多人属于武装部队但不是战斗员。② 由于武装部队的这些非战斗员不参加战斗,在他们不参加战斗的情形下,对他们不得直接进行攻击和杀伤。不过,他们是可能遭到作战行动间接造成的一切伤害的。除了为伤者的利益而工作的人员③——如医生、随军牧师和军事医院所用的人员——按照 1949 年日內瓦公约受到特别优待外,武装部队的这种非战斗员当然可以加以俘虏,因为他们给予武装部队的协助可能是极重要的。

**第 116 目 对敌国私人使用的暴力** 从前,敌国私人不论男女都可以任意加以杀害或以其他方式加以虐待,特别是被强攻攻陷的设防地方的居民,常听任攻击者为所欲为。但到了十八世纪,不得杀害和攻击敌国私人成了公认的国际法习惯规则。只要他们不参加战斗,他们就不得直接受到攻击或杀伤。不过,象武装部队的非战斗员一样,他们是可能遭到作战行动间接造成的一切伤害的。例如,由于轰炸一个设防城镇而杀死成千居民,或者同时载运

① 见第 214 目——1。

② 见第 79 目。

③ 见第 121 目。

私人和兵士的火车被地雷炸毁，这些情形都不违反禁止攻击敌国私人的规则。

关于拘禁问题，现行规则是不得俘虏敌国私人。① 但是，这项规则有些例外，这些例外的条件是：进行某些军事行动、武装部队的安全，以及占领下的敌国领土的秩序和安宁。例如，有势力的敌国公民，如企图煽动他们的同胞起来反抗，就可加以逮捕并送往别处加以拘禁。如有组织居民军的危险时，甚至可以把全省居民拘禁起来②。但是，如果没有组织居民军的危险，占领军就没有权利拘禁兵役年龄的敌国私人，③ 虽然占领军可以采取措施，防止他们逃走加入敌国部队，而如果他们企图逃走，就可以予以惩罚。

除不得加以拘禁外，对敌国私人，可以为了许多目的而加以各种限制，并施用武力手段。这些目的包括：维持占领下的敌国领土的秩序和安宁；防止任何敌对行为，特别是阴谋活动；防止与敌国部队发生来往及给敌国部队以协助；保证军事当局的命令和要求——例如关于提供司机、人质、蹄铁匠的要求——的执行；保证遵从征用和捐献，保证军事行动所必需的公共工程——例如建造兵房、道路、桥梁，等等——的执行，但以这些被征用的役务不构成军事行动的一部分为限。

为了实现这些目的，可以使用什么暴力手段，这是由军事当局自由决定的。军事当局可以按照便宜和交战国订立的军法规则行事。但是，无疑地，如果有必要，死刑和监禁都是实现这些目的的

① 这仅指入侵军对待敌国私人而言，而与战争爆发时在交战国领土上的敌国人民无关。见第100目和第107目。

② 充任司机或建筑防御工事或围城工事的工人或以类似方式协助敌人的平民，如果在担任这种工作时被俘，都不得作为战俘加以拘留，不论他们从事工作是出于自愿还是由于被征用或被雇用的。

③ 1914年，在第一次世界大战期间，德国人将在比利时境内和在法国的被占领区内所有兵役年龄男子加以拘禁。英国和法国都曾对此实行报复。见第413目——1.

合法手段。① 在近代战争中对私人可以使用暴力的限度，表现于海牙章程第四十六条，该条规定："家庭荣誉与权利、个人生命与私有财产，以及宗教信仰与自由，都应予以尊重"。此外，这一问题应受 1949 年关于在敌国手中的平民的待遇的日内瓦公约中所规定的一般原则② 和关于战时占领的法律③ 的支配。

**第 116 目——1 原子武器的合法性** 使用原子武器的合法性问题，④ 在没有关于这个问题的明文国际协定的情形下，必须参照以下几点来判断：(甲)有关限制在战争中使用暴力的现有国际文件；(乙)战斗员与非战斗员之间的区别——许多人认为这是根本的区别；(丙)人道原则——在某种程度上必须把这些原则看为构成战争法的一部分。

**(甲) 现行国际协定**——在目前科学知识和经验的情况下，⑤ 对下述问题是难以作精确回答的，即：使用原子武器的后果是否违反 1868 年圣彼得堡宣言⑥ ——该宣言规定"使用徒然加重失去战斗力的人们的痛苦或使他们必致死亡的武器"是"违反人道"的——，或者违反 1925 年日内瓦议定书——该议定书不仅禁止使用窒息性的、有毒的和其他气体，并且禁止使用"一切类似的液体、物品和方法"以及细菌战。⑦ 对于原子弹在一定地区内造成的污染

---

① 在实行全面破坏时，可以将和平居民拘留在所谓集中营内，这是没有疑问的；见第 154 目。从和平居民中可以扣留人质，这也是没有疑问的；见第 170 目及第 259 目。

② 见第 100 目——2。

③ 见第 172 目——2。

④ 见第 67 目和第 257 目。

⑤ 第一颗原子弹是美国在 1945 年 8 月 6 日对日本广岛投掷的。第二颗原子弹是在 8 月 9 日对长崎投掷的。8 月 10 日日本求和。

⑥ 见第 111 目。

⑦ 见第 113 目。

的持久性是有争论的,① 但是原子弹对受伤者造成长期的或许是终不免于死亡的痛苦,是有了有力的证明的。不但如此,鉴于原子弹在远超出其直接爆炸范围以外对于人类所产生的间接的肉体上影响的性质尚属无法估量,因而,原子弹的较大规模使用,可能使原子弹进入人类良知所谴责的生物战的范畴。如果在事实上这些是使用原子武器的后果——在这问题上发表意见似乎还太早——那么,就有理由认为使用原子弹是违反国际法的,即使是用来对付其中有人或由人组成的毫无疑问的军事目标——如战舰或大量集合的军队。另一方面,如果对军事目标使用原子武器,而该军事目标的破坏可以不致造成严重的生命损失或健康的损害,就似乎并无加以禁止的迫切理由。

（乙）**战斗员与非战斗员之间的区别**——在目前对这问题的知识的情况下，原子武器所造成的破坏半径是否如此之大以致不可能区别战斗员与非战斗员、军事目标与非军事目标,这是不肯定的。军事目标不一定都在城市之中或城市附近。在第二次世界大战前,很多人相信,根据一个城市对战争努力的一般重要性或与合法军事目标邻近的理由而将整个城市看作合法目标的做法，应认为是违反国际法的。如果这种意见是正确的话,② 那么认为对城市使用原子弹不是不合法的说法——因为对城市投掷原子弹和用轰炸机大规模攻击来摧毁该城市实际上并无区别——似乎就没有什么根据了。因为,这种见解是假定后一种方法是合法的。③ 空中轰击——如果遵守"军事目标"的条件，而无论对这条件作怎样广义的理解——可能是在合法范围以内的，但是对一个城市使用原

① 科学界高级权威曾经断言，原子弹只有在水下爆炸时，才会产生永久性的污染。

② 见第214目——5 甲。

③ 见第214目——5 乙。

子弹则只有在极端例外的情形下才能符合这个条件。不过，如果假定原子武器只能——或大概只会——用于居民中心，那可能是不正确的。这也适用于科学的发展似乎已经予以否定的另一种假定，即：由于制造原子武器费用浩大，原子武器的使用不可能只限于严格意义的军事目标，而原子武器的主要目的一定是在广大的居民中心造成混乱、恐怖和破坏，以赢得战争。① 战斗员和非战斗员之间的区别曾经被认为是战争法的根本内容；认为这种区别不能保持——就非战斗员得免于以他们作为唯一或主要目标的直接军事进攻来说——就是承认在现代条件下，传统战争法的最基本的一个方面是不能存在了。不能认为这种说法是脱离现实的或不合乎作战规则在新武器问题上的过去发展，而予以否定。很多人认为，飞机和空中轰炸的发明，就它们的使用而言，已经消灭了战斗员和非战斗员的区别，并且认为，正如过去常发生的情形一样，人道和骑士精神的约束必须让位于军事必要和新发明的进攻性武器的潜在威力。虽然如此，但是还不能肯定地说，使用原子武器就一定产生取消战斗员和非战斗员之间的区别的结果，以及使用原子武器就不可能限于严格的军事目标。

（丙）**人道原则**——使用原子武器所造成立即的和随后发生的破坏和痛苦是否足以把原子武器的使用置于——用1949年日内瓦公约的话来说② ——“产自文明人民间树立之惯例、人道法则与公众良心之要求”的国际法原则之外，这是可以考虑的。从这个

① 在科学界方面曾经有人建议，原子弹在效果上既然与大规模空中轰炸相似，是应该准许的，而据说威力大得多的所谓氢弹则应予以禁止；这就说明了，在二十世纪中叶，平民和战斗员之间的界限已经模糊到什么程度。当然，人们可以争辩说，即使国际法准许使用原子武器，在其他方面，如战时占领法关于与平民的关系方面，特别在维持占领军不得屠杀平民的这个规则上，战斗员与非战斗员之间的区别还是存在的。

② 例如，见关于病者伤者的公约第六十三条。

观点来说，禁止使用原子武器的原则，也适用于象美国这样不正式受1925年日内瓦议定书或其他限制使用武力的条约的拘束的国家。不过，正如上面所已经指出的，现在对于人道考虑在战争中的决定性影响和原子武器施用于一些与人道考虑无关的目标的可能性这两点上，还是有些争论的。

基于这些理由。对于明白禁止在战争中使用原子武器是否仅仅是宣告国际法现行原则这一问题，是不容易发表明确意见的。无论如何，只要原子弹的生产实际上还没有为国际协定和监督所禁止，[①] 就必须设想到有在某些情势下不破坏国际法而使用原子弹的可能性。首先，如果敌国或敌国的盟国实际上先使用了原子武器，那么，作为报复而使用原子武器就必须认为是许可的。其次，如果敌国大规模违反了战争法，以致使它自己完全置身于人道与怜悯的考虑之外，那么，对它使用原子武器可以是有理由的。例如，如果在第二次世界大战中，毫无疑问地证明了德国在占领区内实行杀害以百万计的平民的系统计划，那么使用原子弹作为一个遏制的惩罚工具，可能是有理由的。[②]

有效地禁止原子弹生产，同时进行必要的国际监督，并从而使国家在若干重要方面的主权受很大的牺牲，本身就会是国际社会一体化的重要进展的表现。在目前，除非先订立协定禁止生产原子武器，并规定国际监督和管制，使禁止有效，否则仅仅在一个庄

① 见第25目——12。

② 不但如此，由于制订法律不仅是为了保护人命，而且是为了保存社会的最终价值，所以，如果这些价值受到了一个意图统治世界的侵略者的危害，受这样威胁的各国可能自己认为必须负起行使最高的自保权的责任；其行使自保权的方式虽然是和国际法的某一特定禁令相违背的，但这些国家自己却认为这对最后维护国际法是具有决定性作用的。在这样情势下使用原子武器仍然会是违反上面提及的原则的（见第61目），即：国际法规则对于非法战争中的侵略者也是适用的。但是，没有决定性的理由可以认为，在上面所述的那种极端情势下，这个规则将会或能够得到恪守。

严的条约中谴责和废弃原子武器的使用，是否对国际法有所增益，可能是有疑问的。关于企图实现这种协定的历史，上面已经概括述及。[①]

**第117目 对敌国元首和重要官员使用的暴力** 敌国元首和重要官员，如果不属于武装部队，[②]就其可能受到直接攻击和死伤而言，是处于和敌方平民相类似的地位的。但是，他们对敌国是如此重要和有用的，而对入侵部队又是如此具有危险性的，以致肯定地可以把他拘为战俘。如果交战一方抓到了敌国元首或内阁阁员，除非在特殊情形外，[③] 它肯定地可以把他们带走拘为俘虏。交战国对外交代表和其他重要官员也可以采取同样办法，因为它可以用削弱敌国政府的办法来影响敌国，使它接受和平条件。

## 第三节 对伤者和尸体的待遇

**第118目 日内瓦公约的起源** 虽然自从十七世纪以来各国间曾经缔结过数百个关于照料彼此伤者和不俘虏军医的特别条约，但在十九世纪下半叶以前，除了一项禁止对伤者实行杀害、残伤肢体和虐待的规则外，对于这些问题并没有任何国际法的一般规则。这种情况由于一位瑞士日内瓦公民让·亨利·杜南特的创议而有了改善。杜南特曾于1859年亲眼看到索尔弗利诺战役中数千伤兵死亡，而这些人在较好情况下本来是可以救活的。1861年和1863年他出版了《索尔弗利诺战役回忆录》这本小册子之后，日内瓦公益会在会长古斯达夫·摩哀尼埃领导下，发起一个运动，

① 见第25目——12。

② 通常他们是武装部队名义上的总司令，有时他们也可能亲自指挥军事行动。

③ 1940年4月，当德国人侵丹麦时，它允许英、法、波三国使领馆人员和他们的家属离开丹麦，并且给予便利。

鼓吹对于照料战场上伤者应作出更好的安排，并于1863年在日内瓦召开了一个国际会议，在这个会议上几乎所有欧洲国家的共三十六名代表聚集一堂，讨论了这件事。1864年，瑞士联邦委员会正式接办这件事，它邀请了所有欧洲国家和若干美洲国家派遣正式代表，参加在日内瓦举行的一个会议，以便讨论和缔结一个关于伤者的国际条约。该会议在1864年举行，有十二个国家派代表参加。结果于1864年8月22日签订了一个改善战地武装部队伤者病者境遇公约（普通称为“日内瓦公约”）。1899年第一次海牙会议表示希望瑞士采取步骤再召开一次会议，来修改日内瓦公约。这个会议于1906年6月举行；1906年7月6日，三十五个国家的代表——包括所有大国在内——签订了一个新的日内瓦公约。

第一次世界大战的经验证明1906年公约有加以补充的必要。1929年7月1日，四十七个国家的代表在日内瓦举行了一次会议（该会议的第二个目的是拟订一个战俘待遇公约①），并于7月29日，由三十三个国家签订了一个改善战地武装部队伤者病者境遇公约。后来还有其他国家也签了字。在批准或加入该约的各缔约国之间，1929年公约代替了1864年和1906年公约。第二次世界大战的经验证明该公约有进一步澄清和扩充的必要。因此，1949年8月12日在日内瓦会议②签字的四个公约中，有一个就是关于这个问题的。到了1951年底，批准和加入这些公约的国家共有十五个。在各缔约国之间，这个公约又替代了1864年、1906年和1929年的公约。③ 1949年公约主要规定如下：

**第119目 伤者、病者和死者** 按照第十二条至第十六条的

① 见第125目。

② 见第68目。

③ 英国到了1951年11月虽然还没有批准这一公约，但据了解，批准仅是时间问题。

规定，交战一方对在其权力下的正式属于军队的病伤人员应予以尊重、保护和照顾，不得基于国籍、性别、种族、宗教、政治见解或类似标准而有所歧视。一切对他们的生命的危害或对他们人身的暴行都应该严格禁止。这个公约所保护的各类人员基本上和关于战俘的公约相同。如果交战一方被迫委弃伤者、病者于敌人，它应在军事的考虑许可范围内留下它的一部分医疗人员和器材，以帮助照顾他们。落于敌国手中的病者、伤者是战俘。在每次战斗之后，占得战场的司令官必须下令搜寻伤者和死者，并应采取措施保护他们，借免抢劫和虐待。该公约又建议商定当地协议，以便搬移、交换遗落在双方防线之间的伤者。第十八条规定，军事当局得号召居民以慈善精神在其指导下收集和照顾军队的伤者和病者，并对响应其号召的人给予特别保护和某些便利。军事当局必须准许居民或救济团体自动收集和照顾任何国籍的伤者或病者。这一规定同样适用于被侵入或占领的地区。该公约明文规定，任何人不得因看护伤者、病者而被侵扰或判罪。

**第 120 目　医疗队、医疗所和医疗器材**　为了使伤者、病者能得到适当的治疗，各交战国必须尊重和保护医务部门的流动医疗队和固定医疗所。如果它们被利用从事有害敌方的行为，例如窝藏战斗员、进行间谍活动或藏匿军械和军火，这种保护即予停止(第二十一条和第二十二条)。[①] 如果它们落在对方交战国之手，在俘获国自己未能保证给予在这些医疗队和医疗所中的伤者、病者以必要的照顾时，医疗队和医疗所的人员应有执行他们的任务的

① 但第二十二条明文规定，医疗队和医疗所不因下列情形而失去保护：(甲)其人员配有武器，且因自卫或保护伤者、病者而使用武器；(乙)医疗队或医疗所因无武装勤务员，而由警卫或哨兵保卫；(丙)发现有由伤者、病者身上取下的小型武器及弹药而尚未缴送主管机关；(丁)发现有兽医人员及器材，但并不构成该医疗队或医疗所的一部分；(戊)其活动扩展到对伤病平民的照顾。

自由(第十九条)。

关于**器材**,该公约规定,武装部队的流动医疗队落于敌方之手者,其器材应留作照顾伤者和病者之用(第三十三条)。军队的固定医疗所的建筑物和器材,① 因所在地被军事占领而落于敌方之手者,按照第三十三条,应仍"受战争法规之拘束"。这就是说,它们完全受俘获国的支配。但是在它们为照顾伤者、病者所必需的期间,不得从它们的医疗用途移作别用。不过,战地司令遇紧急军事需要时可以使用它们,但他须事先为在该所的伤者、病者的福利作好安排。

按照第三十四条,经正式承认的各种志愿救济团体的不动产和动产应视为私有财产,因而在任何情形下必须受到私有财产所受到的同样尊重。只有在紧急需要的情形下,并在为伤者、病者的福利作好准备后,才可征用。

**第 121 目 人员** 按照第二十四条,专门从事收集、运送和医治伤者、病者的人员,及专门从事管理流动医疗队和医疗所的人员,以及随军牧师,在一切情况下应受尊重和保护。② 曾受特别训练以备必要时充任辅助护士或担架员的士兵,如果在执行这些职务时被拿捕,应受到常任医务人员的同样待遇(第二十五条)。

按照第二十六条,受雇于医疗队和医疗所的志愿救济团体人员,应受与常任的官方人员同样程度的优待,但是该志愿救济团体必须经本国政府正式认可和核准,其人员应受军事法规的约束。每

---

① 不属于军队的慈善机关的财产,应依第四海牙公约第五十六条的规定办理。见第 138 目。

② 美国巡回上诉法院认为,一个人加入德军为红十字会医生,并没有成为敌人,因为依据 1906 年日内瓦公约,不能把红十字会医生视为"军事部队本身"的一部分。1947 年,荷兰特别最高法院认为,在德国红十字会中服务并不是为国家服务,虽然事实上该会的人员也宣誓对国家效忠,并受军事法规的拘束。

一个国家在实际使用这些人员前，必须将该国所核准从事协助该国家军队的正规医疗队的团体的名称通知对方。①

但是，1929 年公约规定交战国不得扣留落在其手中的医疗人员，而 1949 年公约第二十八条则规定，医务人员、牧师和各国红十字会的职员都可以留用，但仅在战俘的健康情况、精神需要和人数有这种要求时为限。这样拘留的人员不得视为战俘。同时，他们至少应该享受 1949 年关于战俘待遇的日内瓦公约一切规定的利益。② 他们应继续执行他们的任务——并且享受必要的便利——，最好仍为他们所属的武装部队服务。这些便利包括定期访问在战俘营外的劳动队或医院中的战俘的权利。而且，战俘营中这类人员不受营内纪律的约束。也不能要求他们从事他们的医疗和宗教任务以外的工作。非必需留用的人员，一俟道路可通和军事情况许可，应将他们送回到他们所属的交战国。③ 另一方面，第二十五条提及的受过训练充当医院勤务员、护士或担架员的人如落在敌方手中，即成为战俘，但于需要时应令其担任医务工作。

**第 122 目　医疗运输**　为撤退伤者、病者而装备的车辆，无论在单独或整队行驶时，都应与流动医疗队受到同样的待遇，但受第三十五条特别规定的限制。该条规定，如果这种运输工具或车辆落入对方交战国手中，它们应按照战争法规的规定给予待遇，但俘获国有保证照顾它们所载运的伤者、病者的义务。

---

① 按照第二十七条，经认可的中立国志愿救济团体，除非事先得到本国政府及有关交战国的同意，不得以其人员或医疗队协助交战一方；凡接受这种协助的交战一方，在利用这种协助前，必须通知敌方。这类人员如果落于敌方手中，不应加以拘留。除非另有约定，必须准许他们返回本国，或者如果返回本国不可能，则返回他们所服务的交战一方的领土。

② 见第 125 目。

③ 第三十条和第三十一条对他们在等候启程期间所受的待遇和被送回人员的选择有详细的规定。

**第 122 目——1 医务飞机** 1949 年公约主要特点之一在于关于医务飞机的规定。① 第三十六条规定，作为医疗运输工具之用的飞机，② 在它们专用以撤退伤者、病者和运送医务人员和医疗器材期间，应享受公约的保护。为了要享受公约的保护，医务飞机必须涂有各交战国间成立的协议所规定的清楚符号，并除其本国国旗外，在飞机的上下两面应有公约所规定的特殊标志，与其国旗并列(见第 123 目)。由于飞机在搜集情报方面可能起的作用增加了，第三十六条规定，未经特别的和明白的准许，医务飞机不准在敌方或被敌人占领的领土上空飞行。医务飞机应服从敌方的降落命令。如果非自愿降落在敌方或敌方占领的领土上，伤者、病者以及飞行人员都应成为战俘。按照 1929 年公约，飞行人员应予送回，送回的条件是在战事结束以前他们只应在医疗部门工作。1949 年公约的一个新的特色是第三十七条，该条规定，交战国的医务飞机在中立国所规定的条件和限制的拘束下，得在中立国领土上空飞行，于必要时可以在中立国领土降落，或用以为停留站。除各交战国与有关中立国之间另有协议外，在国际法要求予以拘留的一切情形下，经当地当局同意由医务飞机运至中立国领土的伤者、病者，应由中立国加以拘留，使他们不能再参加战争行动。

**第 122 目——2 医院地带和处所** 1949 年公约规定，根据各当事国之间在战争爆发前或爆发后的协议，可以设立医院地带

① 1929 年公约已经有这些规定。

② 这种飞机不一定必须是为此用途而装备和制造的。按照公约的规定，似乎并没有理由反对将普通军用飞机改装供第三十六条的用途；交战国也未被禁止以后将医务飞机用于其他用途，只要它将该公约的特殊保护标志涂去即可。该公约并未规定医务飞机所得飞行的最高高度。不过，它规定了这类飞机应“按各交战国特别约定之高度、时间及航线”飞行。

和处所，这种医院地带和处所的组织情形应使它们能够保护伤者、病者和负责管理他们的人员免受战争的影响。这种医院地带得在交战国境内或占领地内设立（第二十三条）。为了便于达成协议——公约并不把订立这类协定规定为一种法律义务——，公约附有关于这问题的协定草案。在现代战争情况下，这些准许性的规定对于面积小的国家的重要性似乎是有限的。

**第 123 目 特殊标志** 按照第三十八条，“为对瑞士表示敬意”，将瑞士联邦国旗翻转而形成的瑞士白底红十字的旗样，被采用为武装部队医务部门的标志和特殊记号。同时，各国已采用白底红十字、白底红新月、白底红狮或红日标志者，公约也承认这种标志为这些国家的特殊标志。例如，土耳其采用了红新月，波斯采用了红日。① 以下是使用这种标志的规则。

（一）在军事主管当局的准许下，这种标志应标明于旗帜、臂章和属于医务部门的一切设备上（第三十九条）。

（二）医疗队和医疗所悬挂特殊旗帜，同时可以加悬它们所属的交战国的国旗（第四十二条）②。

（三）所有常任医务人员以及各交战国和中立国的志愿团体的医务人员（公约第二十四条、第二十六条和第二十七条），按照公约第四十条，应在左臂上佩带由军事主管当局盖印的防水臂章。公约又规定对这几类人员以及充任辅助护士和担架员的人员（第二十五条），除身分牌外，应发给式样一致的身分证。

（四）按照第四十四条和五十三条，白底红十字和“红十字”或“日内瓦十字”等字样，不论在平时或战时，除用以标明受保护的医

① 以色列在公约上签字时提出了保留，表示它将用红色的大卫盾牌。

② 但交战国或中立国的医疗队，在敌人手中时，只悬挂特殊的十字旗。

疗队、医疗所、医疗人员和器材外,① 都不得作其他用途。②

滥用特别标志从事攻击性的军事行动,既违反本公约,也违反一般的战争法,这是显然的。③

**第 124 目 对死者的待遇** 按照国际法的一项习惯规则,交战国有权彼此要求,对于已死的兵士不得无礼对待,尤其不得将他们肢解,而应由战胜国尽可能在战场上将他们搜集埋葬或焚化。④第十五条规定,无论何时,特别在每次战斗之后,交战双方应采取措施以搜寻死者并防止他们被人剥劫。鉴于两次世界大战中发生

① 但是,志愿协助团体(见第121目)得按照其本国国内法,在平时的人道主义活动中,使用这种特殊标志。还有,作为一个例外,在取得各国红十字会(或红新月会等)之一明示许可时,得在平时使用公约的标志以标示专为免费治疗伤者或病者的医疗站。

依据第五十三条,有代表在公约上签字但其法律在当时尚不充分适合本公约的要求的各国政府,承允采取必要的措施或在本国立法机关中提出必要的措施,以便:(甲)禁止有权使用"红十字"或"日内瓦十字"的标志或名称者之外的私人、公司或团体使用这种标志或名称,或任何仿冒的标志或名称;(乙)"因为依采用翻转的联邦国旗而对瑞士表示之敬意",禁止私人或公司出于违反商业信义的目的,或在可以伤害瑞士民族情感的情况下使用瑞士联邦的国徽或仿冒这项国徽的标志或商标。这项规定不适用于公约生效前使用的标志或商标。依据英国 1911 年日内瓦公约法第一节的规定,在未得到陆军委员会核准前,为贸易或商业或任何其他目的而使用"红十字"或"日内瓦十字"的标志或字样,是一种犯法行为。依照 1937 年日内瓦公约法第一节的规定,在未得贸易部的核准前,使用这些标志或字样的隐约仿冒是一种犯法行为。除武装部队的医疗队外,陆军委员会核准了英国红十字会、圣约翰会、圣安朱救护车协会使用这个标志。法令规定,搬运因敌人空袭而受伤的平民的属于市政府的救护车可以用红十字标志。除若干限制外,并不反对在表现有资格佩用这个标志的人员或设备的玩具上使用这种标志。

② 1936 年,意大利曾向国际联盟提出抗议,指责阿比西尼亚滥用了公约的标志并有其他违反日内瓦公约的行为。

③ 1946 年,在哈根道夫案中,被告系因从一个涂有红十字标志的救护车中向在作战地带的美军射击的罪名被达豪美国军事法庭判刑。海牙章程第二十三条(己)规定,除其他事项外,"特别禁止"不正当地使用"日内瓦公约的特别标志"。

④ 1947 年,达豪美国军政府法庭以"虐待一个不知名的已死的美国陆军人员"的罪名将一个在法国工作的德国医官施米德判刑。被告曾将一个死去的美国飞行员的头颅从尸体割下,用水煮了,剥去皮肉,而把头骨摆在桌上。他声辩说他是把这头骨作教学之用的。

过无数战斗员失踪的悲惨现象，公约第十六条作了详细的强制性规定：交战双方不仅应将伤者、病者，而且应将死者（不论是战斗后收集的还是后来发现的）的姓名连同他们的身分证明予以登记，并迅速相互通知；应制备并转送死亡证书；应将在战场上或死者身上发现的属于私人性质的物品收集起来并予以转送，特别是他们的双身分牌的一半，另一半则留在尸体上；应在焚化或埋葬前详细检验尸体，以确定死亡、证明身分并作成报告。但是，1949 年公约规定，除因卫生上的迫切理由或出于死者所奉宗教的动机外，尸体不得焚化。各交战国必须规定给尸体以荣誉的安葬，尊重坟墓，并在坟墓上作适当的标志，以便随时可以觅见。应正式成立坟墓登记处，并应交换坟墓和埋葬在墓地或它处的死者的名单。各交战国应允许日后迁葬，并于可能时应允许将尸体或骨灰运送回国。在敌方死者身上发现的各种装备都是敌方公产，因此可由战胜国作为战利品予以没收。① 战场上死者身上或死在医疗队或固定的医务所的战俘身上发现的信件、金钱、珠宝和其他贵重私人财物，则不应予以没收。②

**第 124 目——1 公约的适用** 关于公约的适用范围和方式，以及公约的执行和关于公约解释的争端的解决问题，公约的规定基本上是和 1949 年其他日内瓦公约，特别是和关于战俘待遇的公约一样的。③ 下列问题尤其如此：公约所适用的冲突的性质和普遍参加条款的作用（第二条）；④ 非国际性的武装冲突（第三条）；⑤ 保护国以及与保护国类似的国家和团体（第八条至第十一条）；⑥ 在

① 见第 139 目。
② 见第 130 目和第 144 目。
③ 见第 131 目。
④、⑤ 见第 126 目。
⑥ 见第 126 目——1 甲。

战事中公约的生效(第六十二条);① 公约的废弃(第六十三条)。②

**第124目——2 对病伤平民的保护** 在讨论对战地军队病者、伤者的保护时，可以叙述一下1949年关于战时保护平民的日内瓦公约③对病、伤平民和其他需要特别保护的平民的规定。在该公约这一部分的有关规定中，有些只是许可性的和自愿性的规定。例如，它规定，冲突各方在平时或在战事爆发后，得在它们的领土或占领地内设立医院和安全地带与处所，它们的组织情形应使它们能够保护伤者、病者、老者、十五岁以下的儿童、孕妇和七岁以下儿童的母亲，以免受战争的影响。又如，冲突的任何一方得向敌方建议，在作战的地区内设立中立化地带，使伤、病战斗员或非战斗员、平民或不参加战事和不从事军事性质工作的人们不受战争的影响(第十四条和第十五条)。第十七条的规定也属于同样性质;该条规定，冲突各方**应尽力**缔结局部协定，以便将被包围地区内的伤者、病者、弱者、老者、儿童、产妇撤出，以及使前往救助这种人的宗教人员、医疗人员、医疗设备得以通过。

但是，为了"特别保护与尊重"伤者、病者、弱者和孕妇，该公约也有一些强行性的规定。为了照顾这些人而组织的民用医院，在任何情况下都不得作为攻击目标。它们必须标以关于战地武装部队病者、伤者公约所规定的特殊标志，但这须经它们的本国认可(第十八条)。公约还规定，运送这些人的陆地运输车队、陆地医院列车或海上的特备船只也应使用公约的标志(第二十一条)。专为移送这些人的飞机也是如此。这类飞机在各交战国所特别商定的高度、时间、航线飞行时，应不受攻击。如果没有相反的协议，在敌

① 见第126目(战俘公约第一四一条)。
② 见第132目。
③ 见第172目——2。

方领土或敌方占领地上空飞行是被禁止的。这项飞机应服从一切降落命令，如果进行检查，在检查后应准其继续飞行（第二十二条）。从事民用医院工作和管理的人员应受同样的保护。关于这类人员的特别身分证和臂章都有详细规定(第二十条)。

该公约还规定各缔约国有允许下列装运物资自由通过的义务:(甲)一切医疗和医院供应品，及平民的宗教礼拜所需的物品，包括为对方交战国所有的在内;(乙)供十五岁以下儿童、孕妇和产妇使用的主要食物、衣服和滋补剂。这些义务由于受下述条件的限制,在某种程度上成为徒有其名;这个条件是：不应使有关国家有严重的理由害怕这些装运物资可能改运它处而不运往目的地，或管制可能无效，或敌国可能用这些物资来代替原来应由自己供应或生产的物资，从而使敌国在军事努力或经济上得到确定的好处。允许这类装运物资通过，得以由保护国就地监督其分配为条件(第二十三条)。最后还规定：对因战争而成为孤儿或与家庭分离的十五岁以下的儿童给予照顾并由中立国加以收容;①使平民能够将纯属个人性质的消息迅速通知他们的家人;②对于因战争而与家庭离散的人的调查给予便利,以期重新联系。③

## 第四节　在　俘

**第125目　关于俘虏问题的国际法的发展**　在古代，战俘可加以杀害，并且他往往立即实际上被屠杀或作为祭神的牺牲品。如果饶了他们的性命,通常是把他们作为奴隶,只有在例外的情形

① 见第二十四条。
② 见第二十五条。
③ 见第二十六条。

下才释放他们。但是，有些交战国也曾经交换过俘虏，或在取得赎金后予以释放。在中世纪初期，战俘也同样可加以杀害，或作为奴隶。不过，在基督教的影响下，他们的遭遇渐有改善。虽然在中世纪后期战俘往往受到极残酷的待遇，但是通例对战俘已经不加杀害；而且随着欧洲奴隶制度的消灭，也不再将战俘作为奴隶。到了近代国际法逐渐产生时，已经没有杀害或奴役战俘的情事，但是仍然时常把他们当作罪犯对待或作为个人复仇的对象。战俘不被视为在俘获他们的军队所属国家的权力支配之下，而被视为在这些军队本身或俘获战俘的士兵个人支配之下。如果不进行交换战俘，俘获者用索取赎金的办法尽量从战俘身上谋利，被认为是合法的。这种办法是如此普遍，以致规定一种相当确定的赎金标准已成为常见的事。例如，格老秀斯就提到，在他的时代，一个普通士兵的赎金是他的一个月饷金。在十七世纪，把俘虏看作由俘获者支配的习惯消失了。当时，俘虏被认为是在俘获的军队所属君主的权力支配之下的。但是，那时还没有关于俘虏的正当待遇的国际法规则。以交换方式或仅仅为了赎金而释放俘虏的办法仍然继续存在。往往在战争爆发时，或在战争期间，订立特别的交换俘虏协定，规定赎金标准，以便交战任何一方都可以按照这个标准赎回它的被俘官兵。这种交换俘虏协定最后的一个例子就是1780年英法两国订立的规定交战双方海陆军人员的赎金的协定。

直到十八世纪，随着减轻战争的残酷做法的一般趋势的发展，情况才有了改善。一种信念逐渐普遍了，即认为俘获敌人应该只是为了防止他们回到他们的队伍再参加作战的一种方法，并在原则上应该有别于作为对犯罪行为的惩罚的监禁。1785年普鲁士和美国订立的友好条约大概是第一次规定了（第二十四条）对战俘应给予正当待遇，禁止将战俘囚禁在罪犯的监狱里并禁止使用镣铐，

而且坚持战俘必须监禁在合乎卫生的场所，在那里他们可以进行体操运动，而且可以象军队一样地生活和饮食。在十九世纪，俘获国对战俘的待遇应和对本国军队的待遇相类似的原则得到了普遍的承认。海牙章程第四条至第二十条制订了关于俘虏的详细规则。这些规则是在第一次世界大战之前和平时期拟定的。那次大战的经验证明海牙公约的规定是很不完备的。1929 年 7 月，四十七个国家的代表应瑞士政府的邀请，在日内瓦举行会议，研究关于(甲)战地武装部队病者、伤者待遇，和(乙)战俘待遇①的现行规则的修改并使其完备。会议制定了关于这两个问题的公约。在第二次世界大战中，这两个公约在大多数交战国之间(但不在德国和苏联之间)发生效力并被施行。公约第八十九条规定，在受 1899 年和 1907 年海牙公约以及 1929 年公约拘束的国家之间的关系上，1929 年公约应认为是 1907 年公约第四条至第二十条的补充。但在事实上，1929 年公约采纳了这些条款，只有第十条至第十二条关于宣誓释放的条款除外。② 第二次世界大战的经验证明该公约有再加以修改的需要。瑞士政府召集的从 1949 年 4 月 21 日到 8 月 12 日的会议对该公约进行了修改。8 月 12 日，会议除通过了其他三项人道主义性质的公约外，③ 还通过了一个关于战俘待遇的公约。到了 1951 年底，共有十五个国家签署了这个公约。

**第 126 目 适用公约的各种冲突** 1949 年公约明确规定，该公约不仅适用于经过宣战的战争，而且也适用于在缔约国之间可能发生的任何其他武装冲突，即使“其中一国”④ 不承认有战争状

① 见第 68 目。

② 见第 129 目。

③ 见第 68 目。

④ 原意也许是说“它们中之一方或双方”。这似乎是公约的正确解释。国家间可能在双方都极愿避免它们之间发生正式战争状态的情况下发生敌对行为。(例如，第

态的存在(第二条)。它也适用于领土一部或全部被占领的场合，即使这种占领没有遇到任何武装抵抗。不但如此，对于在各缔约国领土上发生的非国际性的武装冲突，公约也规定了"冲突之各方最低限度应遵守的"行为准则。公约特别规定，对于不参加战事的人员，包括放下武器的武装部队人员，及因病伤、拘留或其他原因而"失去战斗力"的人员在内，应"在一切情况下"予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教信仰、性别、出身、财力或其他任何类似理由而有所歧视。因此公约禁止"不论何时何地"对于上述人员有下列行为：

"(甲)对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；

(乙)作为人质；

(丙)损害个人尊严，特别如侮辱与降低身分的待遇。

(丁)未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判而遽行判罪及执行死刑。"

这些关于"非国际性的"武装冲突的规定，主要适用于没有承认交战状态的情形下的内战。① 如果在内战中交战状态已经得到

---

二次世界大战前的中日敌对行为。关于为集体执行联合国宪章而发生的敌对行为，见第 65 目。)

① 这就是说，一旦承认了交战状态，冲突就成为国际性的冲突，第二条的规定也就因而适用。因此，如果合法的政府是受公约的拘束的，那么，一旦被承认的交战一方一宣布了接受本公约并在事实上予以适用，公约就立即适用了。不容易回答的问题是："被承认的交战一方"一语是指什么。它是指合法政府所承认还是外国所承认为交战团体的交战一方？例如，在美国内战期间，英国和若干其他国家承认了南方邦联为交战团体，而美国则不承认。正确的答案也许是：(甲)有了合法政府的承认就够了；(乙)即使合法政府没有承认，有一些国家承认也会有同样的效果。可以注意的是，1949 年会议所通过的一项决议(第十号决议)，将会议的下述意见列入记录：冲突一方可以被第三国承认为交战团体的条件是由国际法决定的，绝不因本公约而有所改变。见第 59 目——1、第 60 目和第 76 目。

承认因而该冲突是国际性的，公约对于受其拘束的国家就全部适用，但以交战他方也接受并适用该公约为条件。[①]这似乎可以从公约第二条第三款推论出来，该项概括地否定了普遍参加条款的观念，并且在即使冲突的一方从来没有正式加入该公约的情形下，也使公约有适用的可能。第二条第三款规定如下：

> “冲突之一方虽非缔约国，其他曾签订本公约之国家，于其相互关系上仍应受本公约之拘束。设若上述非缔约国接受并援用本公约之规定时，则缔约各国对该国之关系，亦应受本公约之拘束。”

这一规定的结果是强调了公约的立法性质，以别于纯粹的契约性质。一个成为该公约有效缔约国的国家，实际上承担了义务，对一个在战事发生后才正式接受并适用该公约的国家遵守该公约。而且，虽然按照公约第一四〇条的规定，在公约生效后通知加入本公约，自加入通知收到之日起六个月后发生效力，但是，第一四一条却规定，第二条和第三条所载的情况应使冲突各方在战事开始之前或开始之后交存的批准书和加入公约的通知立即生效。关于非国际性的冲突，还应该注意的是，适用第三条规定(用该条自己的话)并不“影响冲突各方之法律地位”。这特别意味着，适用第三条并不含有承认交战状态的意思，而合法政府有权对俘获的叛乱者判罪和执行死刑，但必须遵守第三条(丁)项所规定的公正审判的义务。但是，如果为了对战争罪以外的行为而不分皂白地执行死刑，就可能使第三条所规定的人道主义义务难以维持了。

**第126目——1 哪些人可以要求为战俘** 公约第四条列举了在“落于敌方权力之下”后必须给以战俘待遇的人员的类别。[②]

① 然而，如果合法政府是不受本公约的拘束的，公约不能因对方宣告愿意适用本公约的规定而付诸施行。

② 美国巡回上诉法院认为，美军所俘获的人员的战俘身分，不因他是美国公民而受影响。

为方便起见，这里将公约所列举的各种类别照录于下：

"（一）冲突之一方之武装部队人员及构成此种武装部队一部之民兵与志愿部队人员；

（二）冲突之一方所属之其他民兵及其他志愿部队人员，包括有组织之抵抗运动人员之在其本国领土内外活动者，即使此项领土已被占领，但须此项民兵或志愿部队，包括有组织之抵抗运动人员，合乎下列条件：

（甲）有一个为其部下负责之人统率；

（乙）备有可从远距离识别之固定的特殊标志；

（丙）公开携带武器；

（丁）遵守战争法规及惯例进行战斗；

（三）自称效忠于未经拘留国承认之政府或当局之正规武装部队人员；

（四）伴随武装部队而实际并非其成员之人，如军用机上之文职工作人员、战地记者、供应商人、劳动队工人或武装部队福利工作人员，但须彼等已获得其所伴随之武装部队的准许，该武装部队应为此目的发给彼等以与附件格式相似之身分证；

（五）冲突各方之商船队之船员，包括船长、驾驶员与见习生以及民航机上之工作人员，而依国际法之任何其他规定不能享受更优惠之待遇者；

（六）未占领地之居民，当敌人迫近时未及组织成为正规部队，而立即自动拿起武器抵抗来侵军队者，但须彼等公开携带武器并遵重战争法规及惯例。"

把"有组织之抵抗运动"人员包括在内的意义，上面已经加以评论。[①]他们从此以后即与"不构成交战国武装部队一部之民兵和志愿部队人员"同样对待。在敌人迫近时参加居民军的人员[②]也

① 第60目。
② 见第81目。

是这样——这是从 1929 年公约继承过来的一项规定。① 1949 年公约另一个新的特点是商船队船员和民航机上的工作人员都列为有权受战俘待遇的人员的规定。② 同条规定，另外两类人员也应给以战俘待遇。这两类人员是：第一，被占领国的武装部队的人员，如果当战事在所占领领土之外进行时，占领国认为有必要加以拘禁者——即使占领国本来已将他们释放③；第二类包括中立国或非交战国④ 收容在它们的领土内，而依据国际法必须加以拘禁的人员。

**第 126 目——1 甲 保护国** “保护国”是受交战国委托，在对方交战国的领土及其占领领土内，保护它的国民利益——特别是属于日内瓦公约范围内的利益——的中立国。“保护国”是这些公约的一个突出的和主要的特色，对战俘公约而言尤其是如此。⑤ 该公约规定，该公约的适用应与保护国合作并受其监察，“保护国之责任为维护冲突各国之利益”。保护国在执行其职务时不限于使用它的外交或领事人员，还可从其本国国民或其他中立国国民中指派代表。这样指派的代表应经其执行任务所在国的认可（第

① 1949 年会议否决了把这规定推广适用于占领区内居民军的提议。这个否决，在某种程度上，是由于同条已经规定了抵抗运动人员有享受战俘待遇的权利。会议也没有接受一个影响更大的提案，即对以个人行动而非作为居民军一部分拿起武器反抗从事不合法战争的侵略国的人们，予以战俘待遇的权利。

② 应该注意，这项规定受一项但书的限制，即他们必须是依据任何其他国际法规则不享受更优惠待遇的。规定这项但书，是因为依据第十一海牙公约第六条，敌方商船船长、职员和船员，如果承允在战争期间不从事任何与战争活动有关的工作，不得拘为战俘。

③ 订立这项规定的原因，是有鉴于德国对法国、荷兰、比利时武装部队人员所给予的待遇的经验；这些人员在他们本国被德国占领期间，由于安全的考虑而被拘禁。

④ 关于“非交战地位”的意义，见第 293 目，附注。

⑤ 保护国保护战地武装部队的病者、伤者的作用（见第 118 目、第 132 目）和在海战中保护病者、伤者的作用（见第 204 目），由于难以要求保护国的代表亲临作战现场，而当然受到了限制。

八条)。公约指明,公约的任何规定都不妨碍红十字会国际委员会或任何其他公正的人道主义组织,从事保护和救济战俘的人道主义活动;但这些活动必须取得各交战国的同意。而且,各缔约国①可以随时同意将公约所规定,应由保护国负担的任务,委托给能在公允和效能两点上提供必要保证的组织。② 如果由于任何原因,战俘停止享受保护国的保护,拘留战俘的交战国必须请求一个中立国承担这种任务。如果不能按照这种请求安排保护,拘留战俘的交战国应向一个人道主义组织——如红十字国际委员会——接洽或接受其提供这种服务。③

保护国或其代替组织的各种任务④在公约各部分都有说明。但是,第十一条明文规定,保护国认为于被保护人的利益适宜时,尤其遇交战各方对公约的适用或解释意见有分歧时,应从事斡旋。为了解决分歧,保护国得向交战各方建议,"可能在适当选择之中立领土上"召开交战各方代表会议。交战各方有义务把这些建议付诸实施。⑤

**第 126 目——2 一般原则:战俘的保护** 公约规定了一个一般原则,即:战俘是在敌国国家的手中的。这就是说,除了可能发

① 公约在这里使用"各缔约国"一词,其用意也许是要包括所有受公约拘束或依照第二条接受本公约的冲突各方。

② 第十条。应该注意的是,这里所指的组织不是如红十字会国际委员会那种的人道主义组织,而是一种在公约签字时尚不存在而须为此目的成立的一种特别组织。在会议中,曾有过若干这样的提案,特别是顾及到可能发生世界性战争的情况,在这种战争中将没有中立国,或者一切中立国的领土都被交战国占领,并且都没有独立的政府。这些提案未被接受。不过,附于最后文件的一项决议(第二号决议),建议尽速考虑是否宜于成立一个在没有保护国时行使保护国职务的国际团体。

③ 第十条。苏俄及和苏俄一伙的东欧国家对该条作了保留。它们声明,除非取得了被保护者所属国政府的同意,它们不承认拘留国向一个中立国或人道主义组织所作的请求为有效的。

④ 凡在公约用"保护国"一词时,这一名词都适用于上述的代替组织。

⑤ 关于保护国在执行公约方面的职能,见第 131 目。

生的任何个人责任以外，关于战俘所受待遇的最后的责任，在于俘获他们的交战国，① 甚至战俘被移送给一个外国政府看管，也是如此。在后一种情形下，移送国必须查明接受国是否为公约的缔约国和它是否准备实施该公约。如果接受国接受了委托给它的任务，那么它就负有实施公约的责任。不过，如果公约未被正当实施，移送国仍有义务要求采取纠正措施(第十二条)。战俘在任何时候都必须受人道的待遇，这是一条基本原则。② 公约明确规定，拘留国使战俘死亡或严重地影响其健康的任何行为或不行为必须加以禁止，而且应视为严重破坏公约的行为。③ 例如，不得对战俘加以肢体残伤或用作医学和科学试验的对象。④ 同样地，必须保护战俘，使其不致受到当地人民的好奇心、暴行、恫吓和侮辱的烦扰。禁止对战俘采取报复行为(第十三条)。⑤ 战俘的人身和荣誉

① 第二次世界大战后，美国制订了一个法律——公法第八九六号——规定偿付任何战俘为了"敌国政府违反……它按照 1929 年 7 月 27 日日内瓦公约的规定应当供给该战俘的食物的数量和质量的义务"而提出的求偿。该法律的另一节规定没收一切前敌人财产，以充这种或类似的求偿的费用。它规定，如果求偿人已经死亡，补偿款项应付给他的寡妻或家属。关于战俘在国内法上的法律地位，在 1916 年英王诉藤街警察所所长案中，法院判称，被拘禁的敌国人民处于战俘的地位，因此没有权利获得人身保护状以审查拘禁是否合法。

② 这项规定实质上是重复了 1929 年公约中的相应条款，而且当然是宣示国际法的。在第二次世界大战后多次战犯审判中，被告都因虐待战俘而被判罪。例如，达豪的军政府总法庭在 1945 年判决的达豪集中营案，就牵涉到对战俘的大规模杀害和虐待。关于在移送中虐待战俘的问题，见第 127 目——4。1946 年纽伦堡军事法庭判决书中关于战争罪和违反人道罪的一章的第一节(甲)专门讨论德国对战俘的待遇。关于日本政府人员和高级军官对战俘待遇的一般责任，见 1948 年远东军事法庭判决书。

③ 关于后一语的意义，见第 131 目。

④ 这个具体例子是 1929 年公约第二条的简单原则的引申。在 1947 年纽伦堡美国军事法庭判决的密耳区案中，所控诉的罪状中就有进行非法医学实验一项。

⑤ 在 1946 年佛罗伦萨美国军事委员会判决的柯特·梅尔塞案中，被告驻罗马的德军司令，被判犯有使在他看管下的战俘遭受暴力行为、侮辱和公众好奇心侵扰的罪。远东国际军事法庭在它的 1948 年的判决书中谴责了日本使战俘在各城市中游行供人嘲笑和侮辱的做法。

应在一切情况下受到尊重。对妇女的待遇应适当顾及其性别，并不得在任何方面予以低于男子的待遇。战俘保有他们的全部民事能力；除因在俘关系所必要外，拘留国对战俘行使其民事能力所赋予的权利不得加以限制。① 除基于性别、等级、健康状况或职业资格而予以特别待遇外，对所有战俘应给同样待遇。② 战俘的生活和医药照顾都应由拘留国负责。③ 1929 年公约第四条对于哪一国担负医药照顾的费用问题未作规定。现在明确规定的是：战俘应享受这种"免费的"医药照顾。

**第 127 目　在俘**　在俘获战俘时常常发生的第一个问题，就是俘获者要想从战俘那里强迫取得有军事价值的情报的问题。公约详细规定了可以要求战俘提供的情报材料。这只限于战俘的姓名、等级、出生日期，及军、团、个人番号。④ 不提供这些材料，可以使战俘按其等级或地位所应享的特权受到限制。⑤ 但对战俘不得施以肉体或精神上的酷刑或任何其他胁迫方式，以强迫战俘提供这些材料。⑥ 冲突各方对于有被俘可能的人员必须给予标准的身分证，作为证明身分的补充方法。除武器、军事装备和军事文件外，战俘有权保留一切个人物品，包括等级徽章和勋章。战俘的金钱，只有在有官长命令时，才可以取去。对这种款项应给予收据，并应记入战俘账目内。⑦

① 第十四条澄清了 1929 年公约第三条。

② 第十六条。对战俘之间不得有所"歧视"，这并不禁止基于宗教信仰或对妇女的特别待遇的原因而在准备食物方面有所不同。

③ 第十五条。

④ 第十七条。依据 1929 年公约第五条，除姓名、等级或其部队番号外，战俘不必说出其他的事。经验证明，这对查明身分或对战俘情报局的工作说来都是不够的。

⑤ 但战俘不因而丧失任何基本特权。

⑥ 在 1945 年符佩耳塔耳英国军事法庭判决的基林格等案中，被告因将战俘置于酷热的地窖中逼供情报而被判罪。

⑦ 第十八条扩大了 1929 年公约第六条。见第 127 目——6。

战俘在被俘后，应尽速移出危险地区。这必须做得合乎人道，并在对拘留国部队适用的同样条件下进行。对战俘必须给予食物和饮水，同时必须采取一切适当预防措施以保证他们的安全。① 然后可以拘禁他们或在他们宣誓后予以释放。1929 年公约没有关于宣誓释放的规定。现在，只要战俘所属武装部队的国家的法律许可，是允许宣誓释放的。② 在战争开始时，每个交战国应将有关法律通知其他交战国。

**第 127 目——1 拘禁** 公约虽然准许拘禁战俘，但规定战俘只能拘禁于陆地上的场所，而且必须具有一切卫生和健康的保证。在可能范围内，不得将战俘安置于反省院中；而且除作为纪律或卫生措施外，也不得将战俘禁闭。③ 对于拘禁于不合乎卫生的地区的战俘，应尽速将他们移至较好的环境。战俘应按照他们的国籍、语言和习惯分组，但除非经他们的同意，不得将他们和属于他们被俘时所服役的部队的战俘分开。④ 拘留营必须在作战地带之外，不得利用将它们设在某点以便使该处免受军事攻击。⑤ 必须设有避免战争和空袭危险的避难所，并应允许战俘使用。应将俘虏营的地点通知其他交战国。俘虏营应有可以从空中清晰可见的标志。⑥ 转运营的情况应和拘留营一样。⑦

① 第十九条和第二十条，它们是 1929 年公约第七条的扩充。

② 1949 年公约第二十一条代替了 1907 年海牙章程第十条、第十一条和第十二条，这几条在海牙章程签字国之间仍然有效。1929 年公约没有将这几条列入。海牙章程第十二条规定，一个经宣誓释放而后来反抗将其释放的政府因而重新被俘者，丧失他享受战俘待遇的权利，但 1949 年公约删去这条规定。另一方面，1949 年公约第二十一条对宣誓释放的战俘规定了以个人名誉担保实行诺言的义务。他们所属的国家既不得要求他们，也不得接受他们任何与他们的誓言或诺言相抵触的服务。

③ 第二十一条。

④ 第二十二条。

⑤ 第二十三条。

⑥ 公约建议用 PW 或 PG 字母。但各交战国可以商定任何其他标志方法。

⑦ 第二十四条。

**第127目——2 待遇** 战俘在拘禁中的条件必须与驻扎该地区的拘留国部队的条件同样优良。这特别是指宿舍的大小和垫褥、被毯的供给。宿舍必须干燥,有取暖设备,有灯光,并且必须采取防火措施。妇女应分开安置。① 在顾及战俘的饮食习惯的情形下,必须供给充分食物,以维持健康和防止体重减轻或营养不足。饮水的供给必须充足。战俘应尽量参与其膳食的准备。禁止采取饮食上的集体纪律措施。准许吸烟。② 拘留国必须保证战俘经常有适当的衣服穿。③ 而且,必须设立贩卖部,以便战俘可以以不超过当地市价的价钱买到食品、肥皂、烟草和日常用品。贩卖部的利润应为战俘的利益而使用。④ 拘留国应采取一切必要的卫生措施,包括供给盥洗设备、浴盆和淋浴,并保持其清洁。此外,每一战俘营内必须设有一个适当的医疗所,可给予战俘特别的照顾和饮食。医疗所必须有手术设备。战俘如请求健康检查,不得加以阻止;每月至少举行健康检查一次。战俘中具有做医生、牙医或医事服务员的条件者,可以要求他们充任这些职务。在这种情形下,他们不应被视为战俘(第三十三条)。⑤ 他们和牧师应被准许访问在战俘营外工作的战俘。在一切有关他们的职务的问题上,他们得直接和主管当局商洽。他们不得被迫作任何其他工作。所有医药照顾和治疗的费用都由拘留国负担。⑥ 战俘应有宗教信仰和礼拜的

---

① 第二十五条。这是1929年公约第十条的详细扩充。

② 第二十六条。

③ 第二十七条。

④ 第二十八条。关于战俘营结束时如何处理贩卖部款项的规定是新的规则。

⑤ 1929年公约没有与此相当的规定。这个规定实质上和1949年保护病者伤者公约第二十六条相同。

⑥ 第三十条、第三十一条和第三十二条。关于医疗费用的规定是和第十五条的规定相重复的。见第126目——2。这一条是为了特别谨慎起见而列入的。

完全自由，但以遵守纪律为条件。而且，随军牧师如果被俘并留用，必须许其按照战俘的宗教信仰对战俘自由执行其宗教任务。应对他们供给交通工具以及和当地及国际宗教当局通讯的便利。如果没有留用的随军牧师或战俘牧师，经拘留国和当地宗教当局①的同意，可以指派一个牧师。文化、教育和娱乐活动、运动与游戏应予以鼓励，并应供给必要的设备和场所。②

**第127目——3 纪律** 公约规定，战俘营中纪律的维持应由拘留国部队的一个正规军官负责。③该军官应备有公约一份，并有义务保证公约的规定为战俘营职员和警卫所知晓。应在战俘能够阅读之处张贴用战俘本国文字写成的公约约文。战俘必须对拘留国军官敬礼，但军官战俘仅须对等级较本人为高的军官敬礼。佩带等级和国籍徽章以及勋章都是许可的。只是作为最后手段才能对战俘使用武器。在每次使用武器前，应先给以适合当时情况的警告。④为了便利战俘的组织和待遇，冲突各方应在战事发生时，将一切可能成为战俘的人员的名义和等级通知对方。对一切战俘的待遇应适当顾及他们的年龄和等级。⑤

**第127目——4 移送** 战俘可以从一个营移送到另一个营，但必须考虑战俘本身的利益。移送必须合乎人道；必须备有食物、

---

① 第三十四条、第三十五条、第三十六条和第三十七条。这几条是1929年公约第十六条和第十七条的扩充。

② 第三十八条。

③ 有关的条文是第三十九条、第四十条、第四十一条和第四十二条。

④ 第四十二条。1929年公约没有这种规定。由于在这方面的流弊而造成了很多人的死亡，因而在1949年公约中加上这一条。1946年符佩耳塔耳英国军事法庭在它所判决的德赖窝尔德案中驳斥了被告等所提出的抗辩，他们说他们杀害战俘是因为他们认为战俘企图脱逃。关于安伯格尔案，见第128目——1，附注。

⑤ 第四十三条、第四十四条和第四十五条。又见第四十三条第二款，它规定拘留国应承认已通知它的战俘的升级。这是一个新的规定。

衣服和医药照顾。① 如旅行有碍病者、伤者的复元,不得迁移。在移送时,应事先将目的地通知战俘,以便他们有时间收拾行李并通知他们的最近亲属。寄交战俘的邮件必须转递。战俘可以携带个人物品。在移送情形有必要时,得限制其随身携带个人物品,以每人所能合理荷负者为度。②

**第 127 目——5 战俘的使用** 1949 年公约关于这个问题的规定是对 1929 年公约第三十一条所订立的规则的明白而详细的说明。拘留国可以利用体力合格的战俘的劳动力。战俘中的士级军官,应仅令其从事监督工作,但他们可以要求其他工作。在任何情况下,不得强迫军官工作。但他们可以要求工作。对于战俘,只可以要求他们——并且可以强迫他们——从事以下几类工作:农业;与生产或采炼原料有关的工业;除冶金、机器和化学工业外的制造工业;无军事性质或目的的公共工程和建筑;非军事性质或目的的物资运输和管理;商业、美术和工艺;家庭役务;无军事性质或目的的公用事业。③ 战俘必须在适当的工作条件下工作。这些条

① 在赫林案中,被告因在从马里昂布尔到不伦瑞克途中虐待战俘,于 1946 年被汉诺威英国军事法庭判罪。在 1947 年拉布尔澳大利亚军事法庭判决的马场正吾案中,被告是在婆罗洲的日本陆军司令官,因在将战俘从一个营迁移到另一个营时虐待战俘,被判处死刑。

② 第四十六条、第四十七条和第四十八条。

③ 第五十条。1929 年公约中相应的第三十一条只规定战俘所做的工作应与作战活动无直接关系,并且举出应予禁止的工作的例子。1949 年的会议中曾经有一个提案,主张把清除战俘所属军队埋置的地雷也列入这类工作中;这个提案遭到了否决。关于第二次世界大战中使用战俘问题,有以下几个案件。在 1947 年纽伦堡美国军事法庭判决的弗利克等案中,主要被告是一德国工业家,他被判的罪名之一是使用战俘从事与作战直接有关的工作;在 1948 年纽伦堡美国军事法庭判决的法本案和克虏伯案中,对主要德国工业家都有同样的控告。在 1947 年马加撒荷兰军事法庭判决的小广案中,被告是一日本军官,被判的罪名之一是他曾令战俘在距战俘营约五十码处建造一所弹药库,并下令将弹药装入该库。在 1946 年吕内堡英国军事法庭判决的司徒登特案中,被告是 1941 年在克里特岛的德军司令官,因在德军伞兵进攻时使用英国战俘从德国飞机上搬卸武器和军火而被判罪。

件不得劣于拘留国人民从事类似工作所具有的条件。战俘应享受当地国的法律的利益，使他们得到保护和安全。在任何情形下，劳动条件不得因受纪律处分而变得更为艰苦。① 可以令战俘冒普通工人所冒的通常危险。但除自愿外，不得使战俘从事屈辱的、有害健康的或危险的劳动，如扫雷工作。② 不得强迫战俘每日工作时间过长，或者超出当地普通工人工作的最长时间。他们在每天工作中间应有一小时的休息，每星期应有一日的休息，每年应有连续八天的休息。③ 应给他们公平的工资。④ 如果受伤，他们有从本国取得补偿的权利。⑤ 后一规定表示了一项原则，即：战俘在被俘期间，即使被迫为敌方工作，仍然是在为本国服役。战俘可以放在劳动队中使用，也可以由私人雇用。⑥ 但是，在这两种情形下，他们的待遇标准至少应不低于拘留营的标准。

**第 127 目——6 财务规定** 1949 年公约关于战俘的经济来源的规定填补了 1929 年公约的一个明显漏洞。后者只提到对战俘工作的付酬问题。1949 年公约规定，拘留国可以决定战俘所得保有的现金的最大数目，⑦ 超过这个数目的款项都应存入每一战俘的帐目。⑧ 公约第一次规定对一切战俘按月垫发薪给。⑨ 战俘所

---

① 第五十一条。

② 第五十二条。这是修改了 1929 年公约第三十二条所规定的绝对禁止。

③ 第五十三条。

④ 德法混合仲裁法庭判决的丹尼尔斯诉德国案，说明所做工作和所得工资都不是根据合同的。

⑤ 第五十四条。

⑥ 第五十六条和第五十七条。这两条包括一项新的规定，即：应该备有各营所属的劳动队的记录，并应将该记录递交保护国等。

⑦ 第五十八条。

⑧ 第五十九条。

⑨ 第六十七条。

属的国家可以将补助薪给送交拘留国，以便分发给战俘。① 但是，战俘享受免费医疗的权利和拘留国供给免费医疗的义务并不受影响。对战俘工作订立最低限度工资的规定② 代替了 1929 年公约中关于工资数额由交战国之间商定的规定。此外，专任营内管理工作或为同伴战俘的宗教和医疗需要服务的战俘，有权取得工资。战俘代表或其助理人员的工资应由贩卖部利润中支付，如果沒有这种利润，则由拘留国付给。第六十三条规定，战俘得接受寄交其本人的汇款，并且在拘留国所规定的必要的金融和货币的限制下，得从其存款帐目中向国外汇款。第六十四条和第六十五条规定有记帐的详细办法。最后，关于在俘终了或战事终止时的帐目清算和关于对受伤者付给补偿费，也作了规定。③

**第 127 目——7 与外间的关系** 每一个战俘一经被俘之后，或在到达战俘营后一星期內，应允许其直接写信给他的家庭或战俘中央事务所。④ 此外，每一战俘每月应准许其至少写信两封、邮片四张。只有战俘所属的国家才能对邮件的收受加以限制。不得以纪律理由扣留邮件。战俘也可以拍发电报。⑤ 应准许战俘单独地或集体地收受装有食物、衣服、医药用品和属于宗教、教育或娱乐性质的物品的包裹。⑥ 一切信件和包裹都免付邮费，救济物资应豁免港口费、关税及其他税捐。⑦ 如果军事行动使拘留国不能履行其义务保证邮件和救济物资的运送，红十字国际委员会，或经冲突各方正式认可的任何其他团体，可以担任用适当方法以保证这些

① 第六十一条。
② 第六十二条。
③ 第六十六条、第六十七条和第六十八条。
④ 第七十条。
⑤ 第七十一条。
⑥ 第七十二条和第七十三条。
⑦ 第七十四条。

物资的运送。[①] 信件和包裹可以检查，但不得以这种检查为借口而迟延交给战俘。[②] 拘留当局对委托书和遗嘱等法律文件的执行和转递，也必须提供便利。[③]

**第 127 目——8 与当局的关系** 公约详细规定了战俘与当局的关系。战俘对于他们在俘的情况可以提出申诉；这些申诉即使是沒有根据的，也不得因此加以处罚。[④] 申诉可以直接向保护国提出，也可以通过战俘代表提出。这些代表每六个月用自由投票选出，在军事当局面前代表战俘。[⑤] 在军官的战俘营内，级别最高的军官应被承认为他们的代表。这些代表必须与他们所代表的战俘具有同一的国籍、语言和习惯。[⑥] 他们必须经拘留国批准。他们的任务是增进战俘的物质、精神和文化福利。不得仅因其任务关系，而使战俘代表对战俘所作的任何过错担负责任。[⑦] 拘留国必须对战俘代表提供视察及与拘留国当局、保护国和给予战俘协助的各种团体通讯的便利。[⑧]

**第 128 目 刑事和纪律制裁概说** 1929 年公约关于对战俘的刑事和纪律制裁的规定，在实践中被发现是不完备的。因此 1949 年公约对这个问题作了相当详细的规定。一般地说，战俘是受在拘留国部队中实行的法律的约束的。拘留国对于战俘任何违犯上述法律的行为可以采取司法或纪律措施，[⑨] 但是，公约强调，

① 第七十五条。这是一条完全新的规定。
② 第七十六条。
③ 第七十七条。
④ 第七十八条。
⑤ 第七十九条。
⑥ 第七十九条的这个规定是新的。
⑦ 第八十条。
⑧ 第八十一条。
⑨ 第八十二条。在这一条中增加了一项新的规定：如果战俘所作的行为，如拘留国本国武装部队人员为之并不受惩罚，则这项行为仅能导致纪律性的处罚。

主管当局应尽量从宽，尽可能采取纪律性的措施而不采取司法性的措施。[①] 在纪律问题上，战俘应由军事法庭审判，除非拘留国的法律明文规定拘留国武装部队人员犯了这些罪时由普通法院管辖。审判必须由能提供公正审判的必要保证的法庭进行。[②] 战俘有为自己辩护的权利，并有获得辩护律师的权利；战俘不得因同一行为受一次以上的处罚。[③] 按照第八十五条，因被俘前所作的行为而依据拘留国法律被控诉的战俘，即令已经定罪，应仍享受本公约的利益。这一条规定是经过很长的讨论后才通过的；有些国家持反对意见，它们对这个问题提出了明白的保留。[④] 对战俘的处罚和执行处罚的情况，不得与为拘留国武装部队所规定的不同。在处刑时，法院必须考虑到，被告不受对拘留国效忠的义务的拘束，且系因不在其本人意志支配下的环境关系落于拘留国权力之下。因此法院甚至不必判以法律所规定的最低的刑罚。酷刑、体刑、监禁于无日光的场所，及因个人行为而施加集体处罚，都是禁止的。不得剥夺战俘的等级，或禁止其佩带徽章。[⑤] 战俘在受处罚时所受的

① 第八十三条。

② 第八十四条。1929 年公约没有与此相当的条文。

③ 第八十六条。

④ 这些国家是苏联、乌克兰、白俄罗斯、波兰、匈牙利、罗马尼亚、阿尔巴尼亚和捷克斯洛伐克。保留是这样的：对于依照纽伦堡审判原则而被判犯有战争罪和违反人道罪的战俘，这些国家认为自己不受本条的义务的拘束，“兹了解，被判犯有这类罪的人应服从有关国家对于服刑的人们所加的条件”。但是，只要审判战俘的战争罪的法庭是纯粹拘留国的国内法庭，则第八十五条所新创的规则，就并不象初看起来那样新颖。它所提供的保障主要在于允诺在监禁期间给予人道待遇、在执行死刑时予以某些延迟，以及给以与保护国接触的机会。这些保障最后终不能妨碍司法的目的的实现。另一方面，一种为公约所未采纳的意见认为，死刑对战争罪所具有的防止作用，一定会由于从通知保护国到执行死刑中间需要有六个月的间隔(第一〇一条)而削弱；这种意见可能是有些理由的。至于第八十五条的保护性的规定，以及第九十九条和以下各条关于司法程序的保障，对于交战一方武装部队人员充当间谍者，适用到什么程度，是不明确的。

⑤ 第八十七条。法庭必须考虑的一些事项是一种新创的规定。

待遇不得背于拘留国武装部队因同样处罚所受的待遇。对受过纪律性或司法性处分的战俘的待遇，不得和其他战俘有所区别。

**第128目——1　纪律制裁**　公约对纪律制裁和司法诉讼以分别处理。关于前者，公约第一次详尽地列举了对战俘可以实行的各种处罚。这些处罚是①：不超过战俘月薪一半的罚款；停止特权；疲劳服役；禁闭。任何一次处罚的时间都不得超过三十天。②从宣判纪律性处罚到执行判决的时间间隔不得超过一个月。战俘在候审期间，不得予以禁闭，除非拘留国武装部队人员在被控这种罪行时也要受到这样的禁闭。③任何这种禁闭的期间应从战俘所受的处罚中扣除。调查应立即进行，而只有战俘营指挥官或高级当局才能下令处罚。纪律权力绝不得委托给战俘或由战俘行使。④

和纪律性处罚有关的，公约对于脱逃问题有详细规定。战俘企图脱逃只受纪律性处罚，不过事后可以受特别监视。⑤关于脱逃，公约采取了一项新的规则；它规定战俘纯为便利脱逃所为的过犯而未对于生命或肢体施暴行者，应仅受纪律性处罚。⑥如果战俘

---

① 第八十九条。具体开列各种处罚是一种新主意。表中未列入1929年公约第五十五条所允许的"处罚饮食"。

② 第九十条。

③ 第九十五条。

④ 第九十六条。

⑤ 第九十二条。对被判处纪律性处罚的战俘，应许其运动和每天至少有两小时在露天地方停留。战俘请求时，应许其参加每天的健康检查。他们应准阅读及书写并收发信件（第九十八条）。受纪律性处罚的女战俘的禁闭地方应和男战俘分开。她们应由妇女直接监管。

⑥ 第九十三条。这一条列举下述的过犯作为例子：侵害公物、非为利己意图之盗窃、制作或使用伪造文件或穿着平民衣服。在本公约订立之前，在企图脱逃时所犯的过犯被认为可以由普通刑事法院受理。1929年公约第五十一条隐含地保留了这个原则。大战期间的三个加拿大案件都支持了这个原则。唯一例外是英王诉克雷布斯案（1943年）。在该案中，安大略地方法庭驳回了对一个从事脱逃的战俘的破门、闯入

因在脱逃或企图脱逃时所为的任何其他过犯而受司法审判，其脱逃不得成为加重处罚情由。协助或唆使脱逃或企图脱逃的战俘，应仅因此受纪律性处罚。脱逃成功后又重被俘获的战俘，不得对其前次脱逃加以处罚。公约这一部分的特色之一是列举了战俘脱逃应认为业已完成的各种情况。①

**第 128 目——2　司法诉讼**　对战俘进行司法诉讼，只限于关于国际法所禁止的行为，或在作行为时拘留国现行法律所禁止的行为。② 1929 年公约中沒有提到国际法而这里提到国际法，目的是为了要消除关于拘留战俘的交战国审判战俘战争罪的权利的任何疑问。审判战俘必须在审判拘留国武裝部队人员的同一法院并依同样程序尽速举行；③ 而且，在开审之前三星期，必须将进行诉讼的意图通知保护国。通知中必须说明具体罪名、适用的法律、承

人家、行窃的控诉；理由是战俘不应因为图脱逃或保全自己的自由在合理范围内所作行为而受处罚。但在英王诉欣德勒案(1944 年)中，阿尔伯达警察法庭判决四个脱逃的战俘犯有盗窃一辆汽车的罪。这一判决在英王诉布路西格案中得到了充分支持。在该案中，安大略上诉法院判决一个被控盗窃邮件的正图脱逃的战俘为有罪。同样在英王诉凯勒和斯托尔斯基案中，两个正在脱逃的战俘因偷窃一辆汽车被阿尔伯达最高法院判罪。普通法庭有审讯战俘所犯的普通罪行的管辖权，这一点是很确定的。1946 年加拿大阿尔伯达最高法院在判决英王诉泼仁诺斯基案时称：法院对一个战俘杀害另一个战俘的案件是有管辖权的。在 1947 年南非最高法院上诉庭判决的一个类似案件——英王诉华格纳案——中，也有同样的话。在该案中被告是一个德国人，他遵从隐匿在战俘营中的两个高级德国军官的命令，杀死了另一个战俘。由于这一命令显然是非法的，法庭不接受以上级命令作为抗辩的理由。

① 第九十一条。不仅在战俘重新回到他的本国或他的盟国的武装部队时，应该认为脱逃业已成功，而且如果战俘离开了拘留国控制下的领土，也应该认为脱逃业已成功。关于俘获国阻止脱逃的权利，可以参看 1946 年符佩耳塔耳英国军事法庭判决的安伯格尔案；在该案中，被告因杀害他怀疑有脱逃企图的战俘而被判处死刑。

② 非法审讯战俘曾引起好几起战争罪的控告和判罪，例如井山等案。这个案是在 1946 年由上海美国军事委员会判决的；被告（包括前日本侵华陆军司令）因参与日本军事法庭审讯被俘美国空军人员并将他们判处死刑而被判罪。

③ 第一〇二条。

审的法庭及开审的日期和地点。① 战俘有权由其同伴战俘一人协助，由他自己选定的合格的律师为他辩护，并于必要时使用胜任的翻译员。② 公约包含有一些旨在保证战俘获得公平审判的详细规定。此外，战俘有与拘留国武装部队人员同样的上诉权，这项上诉权必须通知战俘。③判决必须通知战俘和他的代表。事实认定和判决、侦查和审讯以及执行判决的处所的详细情况都必须通知保护国。④ 依据拘留国的法律应当处死刑的罪行应通知战俘和保护国；其他罪行，非经战俘所属的国家同意，不得处以死刑。⑤ 除非法庭曾经被提醒注意战俘不受任何对拘留国效忠义务的拘束的事实，不得判处死刑。⑥ 如果判处死刑，应待保护国接到判决通知六个月后才可以执行。⑦ 战俘服刑的条件不应与拘留国武装部队服刑的

---

① 第一〇四条。关于被控犯有战争罪的战俘，公约对于这一条并未加以限制。但是，可以注意的是，若干审理战犯的法庭都主张，与此相当的1929年日内瓦公约第六十一条不适用于战俘。在山下奉文案中，美国最高法院在详细研究第六十条的历史后认为：该条不适用于被控犯有战争罪的战俘，而只涉及被控于在俘期间所犯的罪行。远东国际军事法庭的意见也是如此。德国统帅部案（1949年）涉及1929年公约第六十三条（相当于1949年公约第一〇二条）。法庭认为该条对战争罪不适用。荷兰最高法院在1949年判决的劳特案中，也持同样的意见，并加以极详细的申论。第一〇四条的文字——“拘留国如决定对某一战俘进行司法程序”——肯定地表明，该条关于通知保护国的问题的规定对被控犯有战争罪的战俘也是适用的。特别是鉴于第九十九条似乎考虑到对战争罪的审判，情形更是如此。同样应该注意的是：与第八十五条的情形不同（见第128目），没有任何国家对第一〇四条的看来很广泛的措词提出保留。同样的考虑也适用于第一〇二条。

② 第一〇五条。关于这一点以及前一条的规定，在英王诉圭塞庇等案中，南非法院撤销了对十二个意大利战俘的判罪，理由是：1929年公约第六十条（要求通知保护国）未被遵守，战俘未有诉讼代表人。

③ 第一〇六条。可与1929年公约第六十四条相比较。

④ 第一〇七条。依据1929年公约，只有判处死刑时才需要详细报告。

⑤ 第一〇〇条（第一款和第二款）。这一条不能正当地解释为限制拘留国根据国际法而不是根据本国法判处死刑的权利。

⑥ 第一〇〇条（第二款和第三款）。这是一项新的规定。

⑦ 第一〇一条。依据1929年公约，时间是三个月。

条件有所不同。被判处刑的战俘有权收发函件，在露天中运动，并获得医药照顾和精神帮助。[①]

**第129目 在俘的终止** 在俘得以下述情形而终止：(一)直接遣返；(二)战事期间由中立国收容；(三)战事终止时释放和遣返；(四)脱逃；(五)战俘的死亡。[②] 在战事期间有权被遣返的是重病和重伤的战俘。[③] 受伤或患病而不能医治、或不象在一年之内能复原、或精神或身体似乎已经严重和永久地减损的战俘，都必须直接遣返。[④] 一年内可希望复原或其身心健康因继续在俘而受严重威胁的战俘，可以收容在中立国。至于收容在中立国的战俘复原之后是否应仍留在中立国或予以遣返，应由有关各国协议决定。[⑤] 不过，不论受伤情况如何，在各交战国和有关中立国间同意时，战俘在战事结束前可以拘留在中立国内。[⑥] 关于移送的决定，应由在战事开始时指派成立的混合医务委员会作出。[⑦] 对于符合遣返条件的战俘，不得以他尚未受完纪律性处罚为借口而予以拘留；如果他未服满司法判刑，则可予以拘留。[⑧] 为医疗原因而被遣返的战俘的费用，应自拘留国边境起，由战俘所依附的国家负担。[⑨]在战事期间被遣返的战俘，在战事继续期间，不得使其服军事现役。[⑩]

---

① 第一〇八条。

② 关于宣誓释放，见第127目。

③ 第一〇九条。

④ 第一一〇条。这一条有一项规定：如果冲突各方不能取得协议，则决定哪些情形应予遣返和哪些情形应交中立国收容的问题，应依照公约所附的典型协定所定的原则来解决。

⑤ 第一一〇条。

⑥ 第一一一条。

⑦ 第一一二条。

⑧ 第一一五条。

⑨ 第一一六条。这是完全新的规定。

⑩ 第一一七条。

关于“实际战事停止后”战俘的释放和遣返的规定是新的规定。[①] 它们是由于第二次世界大战的经验所引起的；在第二次世界大战中，从战事实际停止到订立和约，中间隔了许多年。遣返的费用应由各交战国分摊。在遣返时，战俘有权收回在被俘开始时被押收的贵重物品和未经兑换的外币；他们也可以携带个人物品，其重量虽以本人所能携带者为限，但无论如何重量限制不得少于二十五公斤。战俘的遣返条件必须与他们的拘留和移送条件大体相同。[②]

如果战俘在被俘期间死亡，必须尽速将证明死亡原因并载明为辨认其坟墓所必需的一切详情的死亡证送交战俘情报局。同样的详情必须向坟墓登记处登记。照顾坟墓的责任由当时控制该领土的国家负担。因卫生上的迫切理由，或由于死者的宗教，或依照死者表明的意愿，[③] 战俘尸体可以予以焚化。如果战俘的死亡是由于哨兵、另一战俘或其他任何人所致，或死因不明，拘留国必须立即从事正式调查，并将其调查结果通知保护国。如果调查结果证明有一人或多人犯罪，拘留国必须采取一切措施对他们进行诉追。[④]

**第 130 目　战俘情报局**　公约第一二二条规定，在冲突发生时，冲突的每一方都应为在其权力下的战俘成立一个正式的战俘情报局。[⑤] 每一交战国应将属于公约第四条规定范围的任何人被

① 第一一八条。实际上，现代战争的情况使战败的交战国不需要采取任何积极步骤以遣返战胜国的战俘。最常见的情形是，在战事终止之前，或在战事终止之后不久，战俘实际上即由本国部队所解放。

② 第一一九条。1929 年公约没有相当的规定。

③ 第一二〇条。公约规定，遗嘱必须符合战俘所来自的国家的法律所规定的生效条件。这就消除了 1929 年公约中“与本国武装部队士兵适用同样条件”一语所造成的不确定的状态。

④ 第一二一条。1929 年公约没有与此相当的规定。

⑤ 第一二二条至第一二五条相当于 1929 年公约第七十八条至第七十九条，内容更为详细，但并未成立新的原则。

俘的事实、在俘的地点与情况、健康情况或死亡情况尽速通知该国的战俘情报局。这种情报应通过保护国和中央事务所转达有关国家。战俘情报局应负责搜集被遣返、被释放、死亡或脱逃的战俘的个人贵重物件，并送交战俘的最近亲属。除各交战国的战俘情报局外，应在中立国境内设立一个战俘情报中央事务所，其任务是搜集情报并转送战俘所来自的国家。① 中央事务所的经费过去完全靠利害关系最密切的各方自愿捐助，在1949年公约下的情形也是如此。不过，公约规定，中央事务所也得享受向来只限于由各国战俘情报局享受的邮政免费和减收电报费的特权。②

**第131目 公约的执行** 关于公约的执行的各项规定，与1929年公约相比，是一个有限度的进步。依据第一二九条，各缔约国担任制订必要的立法，以便对于本身犯有或令人犯有任何严重破坏本公约的行为的人，处以有效的惩罚。第一三〇条列举严重破坏公约的行为如下：故意杀害、酷刑或不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体和健康遭受重大痛苦或严重伤害，强迫战俘在敌国部队中服务，或故意剥夺战俘依本公约所规定应享受的公允及合法审讯的权利。各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯这种严重破坏本公约行为的人，并应将此种人不分国籍，送交各该本国法院。各缔约国也可以将这种人送交其他缔约国审判，但以该缔约国能指出案情显然者为限。每一个缔约国都有责任制止程度不及公约所特别列举的“严重破坏公约行为”的一切违反公约的行为。

公约对严重破坏公约的行为避免使用“战争罪”一词。但是，

① 第一二三条。

② 第一二四条。依据第一一九条，在战争终止时，冲突各方应即设立委员会，以寻觅散失的战俘，并保证将他们尽速遣返。依据第一二〇条，拘留国应设立坟墓登记处，该处应保管坟墓的记录，并照顾坟墓。

毫无疑问，这些行为就是战争罪。公约不十分明确地规定："任何缔约国不得自行推卸，或允许其他缔约国推卸，其本身或其他缔约国所负之"关于破坏公约行为的责任。其用意可能是为了强调有关国家在个别责任之外的集体责任。

对于违反公约行为所规定的救济程序是极端初步的。第一三二条规定，遇有任何被指为破坏本公约的行为的情况，如果冲突一方请求调查，应按照各方商定的方式进行调查。如关于调查程序不能获致协议，则各方"应同意选定一公断人，由其决定应遵行之程序"。对于各方不能同意选定一公断人的情形，公约没有作出规定。① 但是如果举行了调查，并确定发生了违约行为，交战国即"应使之终止，并应尽速地加以取缔"。② 日内瓦会议间接地承认公约对这个问题的规定不够充分，因而在伴同最后文件的一项决议中建议，如果各方对于有关公约的解释和适用的争端不能以任何其他方法解决，它们应努力达成协议，将争端提交国际法院。此外，有关执行本公约的重要职能都委托给保护国。③ 保护国的代表应获得准许前往战俘所在的一切地方并与战俘会晤。这类访问时间长短和次数都不得加以限制。因迫切的军事需要的理由，可以禁止这种访问，但这只可以作为例外的和暂时的措施。红十字国际委员会的代表也享有同样特权。这项代表的指派应取得拘留国的同意。④

**第 132 目　日内瓦公约的退出**　公约缔约国可以自由退出公

① 但关于各交战国于解释或适用公约发生分歧时实行保护国的某些建议的义务，见第 126 目——1 甲。

② 第一三二条。

③ 见第 126 目——1 甲。公约第七条有一项新而有趣的规定，即：在任何情况下战俘不得放弃公约所赋予的权利的一部或全部。这一规定表面上是对战俘说的，实际上则是在法律上禁止各方利用这种放弃权利的行为。

④ 第一二六条。

约，退约于通知瑞士联邦委员会一年后发生效力。但是，如果在战事期间交战国作这样的通知，退约则须待至和议成立后才能生效。①

## 第五节 敌方公有财产的没收和利用

**第133目 没收一切敌产现已不再允许** 依据一项旧国际法规则，各交战国可以没收在敌方领土上的一切公私敌产。② 这项规则现在已经过时作废了。这项规则现在为几项规则所代替，因为对于动产和不动产、公有财产和私有财产，以及各种不同的公私财产都要加以区别。这些规则必须逐一加以讨论。

**第134目 公有不动产** 在公有不动产所在的领土未经兼并而成为占领国的国家财产之前，没收这些公有不动产是不合法的。在敌国领土仅被军事占领期间③ 交战国不得出售或以其他方式出让敌国公有土地和建筑物，而只能没收它们的产物。海牙章程第五十五条明文规定，占领敌国领土的交战国，只能认为是占领地内属于敌国的公共建筑物、房地产、森林和农业工程的管理者和收益者；它必须保护基本财产和设备，并按照收益权规则来管理。所以，占领国可以出售公有土地的产物，采伐和出售公有森林的木材，④

① 第一四二条。

② 甚至在十九世纪还是如此。当时，人们断言，在严格的法律上说，在敌国领土上的一切敌国私有动产象公有财产一样都是战利品，不过，人们也承认了一种惯例的形成，依据这项惯例，在某种情形下，敌国私有动产应免予没收。由于海牙章程第四十六条和第四十七条的规定，这种说法已不再有任何根据了。

③ 关于敌国领土的占领，见第166目至第172目。

④ 关于第一次世界大战中的德国实践，见第282目中提到的案件。在1939到1940年德国占领波兰的一部分领土的期间，据报告，德国曾对波兰国家财产实行普遍没收。

在其占领期间出租公有土地和公共建筑等。但是它只是收益者，所以在行使权利时不得有浪费或疏忽的情形以致减损基本财产和设备的价值。例如，除因战争需要所迫外，它不得砍伐整个森林。①

**第 135 目 自治市政团体和宗教、慈善及类似机关的不动产** 但是，必须注意，只有属于国家本身的公有不动产的产物才可以没收，属于自治市政团体的公有不动产的产物，或虽属于敌国但已永久划作宗教用途或为维持慈善或教育机关之用，或为艺术及科学之用的公有不动产的产物，则不得没收。海牙章程第五十六条明文规定，这种财产应当作私有财产看待。

**第 136 目 公有建筑物的利用** 在战争需要的范围内，交战国可以利用敌国公有建筑物作各种各样的用途。军队必须有住处，马匹必须有厩房，病伤人员必须照顾。因此，公有建筑物首先可以作这类用途，虽然建筑物可能因而遭到相当损坏。而且，建筑物不论是否属于敌国或自治市政团体，是否经常专为普通的政府的和市政的用途或为宗教、教育、科学或其他类似用途，是没有关系的。例如，教堂可以改为医院，学校可以改为兵营，供科学研究用的建筑物可以改为马厩。但是使公有建筑物受到损伤的利用方法，只有在必要时才是正当的。

**第 137 目 公有动产** 只要对军事行动是直接或间接有用的，交战国肯定地可以没收敌国公有动产。海牙章程第五十三条明确规定，占领敌方领土的交战国可以占有现金、款项、可变卖的

---

① 法国最高法院判决的法耳凯案，重新肯定了收益权原则，而撤销了下级法院的判决；下级法院认为，近代战争中有不便于移动的庞大军队而他们在食物或战争物质方面有大量的多种多样的需要，所以第五十五条必须从宽解释，以符合近代战争的要求。

证券、①武器库、运输工具、储藏物资、给养、适用于陆海空中传递消息或运输人货的器具，以及一切对军事行动有用的敌国其他动产。②因此，交战国不仅有权夺取敌国的金钱和款项、③军火、武器库、储藏物资和给养，而且有权夺取公有铁路的车辆④和其他运输工具，以及一切和任何可以直接或间接供军事行动之用的东西。例如，交战国可以夺取一批布匹供其士兵制衣之用。

**第138目 自治市政团体和宗教、慈善及类似机关的动产** 但是，正如某些公有不动产的产物不得没收一样，某些公有动产也不得没收。因为，海牙章程第五十六条规定，自治市政团体，宗教、慈善或教育机关，科学或艺术机关的财产免予没收。因此，教堂、医院、学校、大学、博物馆和绘画陈列馆的动产，即使属于敌国所有，交战国也不能合法地予以没收。至于档案，它们无疑是有科学价值的，但是交战国可以从档案中取去与战争有关并对该国有重要性的国家文件。

**第138目——1 第一次世界大战中的公有动产** 这些就是关于敌国领土内的公有动产的规则。但在第一次世界大战期间，中欧国家一贯违反这些规则，它们仿照拿破仑的做法，搬走了各种各

① 在塔吉特尔诉农业及国家土地部案中，一个波兰土地所有者于1911年按照一项司法命令，把他的土地以一万零九百十六卢布抵押给俄国财政部。在第一次世界大战中德国占领波兰这个地区期间，他以三千八百卢布和德国当局解决了这个所有权问题。战后，波兰最高法院不承认这个所有权的解决和抵押的取消。

② 在法国国家诉蒙穆索商号案中，奥尔良上诉法院在1948年对于德军夺取法国政府的一些酒桶作了有趣的判决。法院判称，酒桶是动产（以别于固定装置），夺取酒桶是符合第五十三条的规定的。必须注意的是，占领国只有通过实际没收才能成为财产的所有者；仅仅占领国占领该处领土是不够的。

③ 关于私家银行的款项，见第143目——1。意大利最高军事法庭在1946年判决的勒浦尔案中适用了下述原则：占领国所取得的公有动产都成为它的财产。

④ 有些作者认为这种铁路车辆不得没收，而只能在战争中使用，并在媾和后必须归还。认为第五十三条第二款应作此解释的说法是没有根据的，因为该条规定应予归还的是属于私有财产的运输工具等。

样的、虽然是毫无军事价值的公有财产;拿破仑在他的多次战争中曾夺取许多艺术品，把它们带回到巴黎陈列馆去。但是正如拿破仑所夺取的财产不得不在 1815 年归还给原主一样,中欧国家所取去的财产根据停战协定和和约也都不得不归还原主。①

**第 138 目——2 第二次世界大战中的公有动产** 在第二次世界大战中,德国完全不顾海牙章程第五十六条及其他条款,进行了系统的抢掠和经济剥削。纽伦堡国际军事法庭断定:“德国对于它所占领的地区，按照深思远虑的计划和政策，不考虑本地的经济，而为了德国的战争努力,用极其残酷的方法加以榨取”。依照德国政府发出的命令,农产品、德国工厂所需要的原料、工作母机、运输设备，甚至外国证券和外汇存款都被送往德国。用纽伦堡法庭判决书的话来说，“这些物资的征用,是和这些国家的经济资源完全不成比例的，结果造成了饥馑、通货膨胀和猖獗的黑市”。此外,法庭断定：艺术珍品、家具、纺织品和类似的物品被大规模地夺取；在俄国的被占领区内,博物馆、宫殿和图书馆都遭到有系统的劫掠。法庭表示不接受这样的解释,即:夺取这些艺术珍品是为了保护和保全它们。在起诉书中，掠夺公私财产也列在被告德国军事首领被控的战争罪之中，而且法庭断定这些罪名均经证实。法庭把它对海牙章程关于公私财产的第四十八条、第五十二条、第五十三条、第五十五条和第五十六条所作的解释载入记录,认为这几条的涵义是：对于占领区的经济，只能在不超出其能合理负担的限度内要求它负担占领费用。此外，各种审判战犯的法庭都曾宣布涉及掠劫公私财产的罪名的判决。②

---

① 例如，凡尔赛条约第二四五条规定，德国当局从法国搬走的战争纪念品、档案、历史纪念物或艺术作品应一律归还。又见第二三八条、第二四四条及附件。

② 见第 144 目。

**第139目　战场上的战利品**　侵入敌方领土的交战国在敌方领土上发现的敌方动产的情形是与战场上的敌方动产不同的。按照一项旧的国际法规则，交战国在战场上所能拿到手的一切敌国公私财产都是战利品，都可以予以没收。虽然有些近代作者在1899年海牙会议前的著作中认为这项规则是有效的，但从海牙章程第四条和第十四条以及1949年战俘公约第十八条①可以明显地看出，就军事文件、军械、马匹等以外的敌方**私有**②财产而言，这项规则现在已经过时作废。但是，就敌方**公有**财产而言，这项习惯规则是仍然有效的。因此，不仅在死者、伤者和战俘身上找到的武器、弹药和贵重装备可以夺取，而且被俘的司令官所握有的现金和国家文件，敌方的马匹、大炮、马车和一切在战场上发现的有价值的其他公有财产，都可以夺取。战利品最后属于何人，不是由国际法而是由国内法来决定的，③因为国际法只说交战国可以没收战场上的敌方公有财产。海牙章程第五十三条所规定的限制，即只有能供战争行动之用的动产才可以没收，是不适用于在战场上发现的财产的，因为第五十三条只谈到“占领军”。这种财产，不论是否可以供军事行动之用，都可以没收；只要是在战场上夺来的，交战国就有权加以没收。④还应该说：虽然在有些国家的发展趋势是国家加紧控制私有财产，或者甚至将私有财产收为国有，但这不是取消第五十三条中所规定的区别的理由。虽然这些发展可能使在某一特定情形下难以决定某项财产是私有的还是公有的，但是，公私财产的区别还是不应取消的。

---

① 见第127目。

② 见第124目和第144目。

③ 按照英国法律，一切战利品属于英王。

④ 苏联于1945年在它所占领的中国东北各省提出了过分的战利品的要求。它主张一切曾经为日本军队服务的日本企业都是战利品。

## 第六节 敌方私有财产的没收和利用

**第140目 私有不动产** 在任何环境或情况下，侵入敌国的交战国都不得没收敌国的私有不动产。如果它没收并出售了私有土地或建筑物，买者对该项财产不能取得任何权利。① 海牙章程第四十六条明文规定："私有财产不得没收"。② 但是没收不同于为了战争需要的各种用途而暂时使用私有土地和建筑物。上面关于利用公有建筑物的话③ 同样适用于私有建筑物。④ 在必要时，可以把它们改为医院、兵营和马厩，而不需对业主给予赔偿；也可以把它们改为防御工事。

**第141目 私有的战争物资和运输工具** 各种能作为战争物资之用的私有动产，如军械、弹药、制军服用的布匹、制靴用的皮革、马鞍，还有各种可以在陆海空中作为传递消息或运输人货之用的器具，如铁路车辆、⑤ 船只、电报、电话、马车、马匹，都可以由入侵的交战国为军事目的而加以夺取和利用；但是这些物资必须在媾和时归还，并应付给赔偿。这是海牙章程第五十三条所明文规

① 见第283目。

② 虽然按照字面海牙章程不能适用于被占领的由土著人民居住而只有少数白人殖民者的敌国殖民地，但他们的房地产不应予以变卖，象第一次世界大战中在德属东非、多哥兰、萨摩亚、喀麦隆所做的那样。

③ 第136目。

④ 海牙章程没有提到这一点，只在第四十六条中规定私有财产必须"受到尊重"，不得没收。

⑤ 当然，夺取铁路路轨并将其搬到其他国家去的情形是不同的。在法国国家诉蒙穆索商号案中，奥尔良（法国）上诉法院判称，法国陆军供应部门为供应法国军队所用的酒桶是第五十三条的意义上的动产，虽然按照法国法律它们是属于"按照用途而为不动产"之类的。法院认为"动产"一词的解释应按照其一般涵义，而不应按照一种法国法律所特有的观念。

定的。显然，夺取这类物资应该给予收据，虽然第五十三条没有这样规定；因为不这样做在缔和后怎么能够付给赔偿呢？至于谁来付给赔偿的问题，霍兰德正确地认为："和约应决定赔偿的负担最后应落在谁的身上"。

**第 142 目 艺术科学作品、历史纪念物** 在另一方面，在任何环境或情况下，艺术科学作品和历史纪念物均不得没收或为军事行动而加以利用。海牙章程第五十六条明文规定禁止对这类作品和纪念物的"一切夺取"。所以，虽然铸像的金属对于制造枪炮极为有用，但是不得触动它。德国在第二次世界大战中对艺术作品的抢掠，构成对德国主要战争犯的控诉的一部分，并由国际军事法庭判定为战争罪。①

**第 143 目 其他私有个人财物** 私有个人财物，如果不是战争物资或可供军事行动之用的运输工具，一般不得加以夺取。② 海牙章程第四十六条和第四十七条明文规定"私有财产不得没收"和"抢掠是正式禁止的"。但是，必须强调的是，在一个意义上，这些规则有一些为战争必要所要求和认可的例外。人员和马匹都必须有东西吃；人必须防护自己以应付气候的变化。如果没有时间通过通常的征用方式③ 来供应食物、饲料、衣服和燃料，或者如果当地居民都已经逃走，不能实行通常的征用，交战国就必须见到这些东西就拿去用，而它这样做是正当的。④ 而且，兵士占住民房也是合法的（房屋被占住的居民必须对住在他们家里的士兵和马匹供

① 见第 138 目——2。

② 见第 133 目，附注。占领国也不得清算占领区内敌国人民的商业，但可加以管制；占领国也肯定地不应出售他们的房地产(见第 140 目)，即使将售得的价款在战后交给他们，也是不可以的。

③ 见第 147 目。

④ 海牙章程没有提到这种情形。

给食物)，虽然这可能使房屋被占住的个人倾家荡产。①

**第 143 目——1 两次大战中的私有动产** 这些就是关于在敌方领土上的私有动产的规则；但在第一次世界大战中，中欧国家一贯地违反了这些规则，它们在比利时和在法国占领区内夺取了牲畜——特别是牛和马，并运往德国。② 工厂和工场被拆除了，机器和材料被搬走了。③ 私家银行中的现款被取走了。这些仅是德国和它的盟国在它们所占领的国家内实行大规模掠夺私有财物的一些例子。④ 但是，停战协定和和约都规定了赔偿。在第二次世界大战中，⑤ 德国在占领区内实行的大规模掠夺私人财产的做法已由纽伦堡国际军事法庭判为战争罪。此外，第二次世界大战后的若干战争罪审判也确认了参加占领者所发动的抢掠行为的个人的刑事责任。⑥ 在这一方面，正如在战争法的其他方面一样，刑事性质的责任并不限于国家。它也适用于武装部队的个别成员和一般的私人。

**第 144 目 战场上的战利品** 战场上的敌方私有财产，现在已经不再总是战利品。⑦ 军械、马匹和军事文件，即使是私有财产，也可以没收；⑧ 私有的运输工具，如敌人可以利用的汽车和其他车

① 见第 147 目。

② 迦纳曾引证塞西尔勋爵在 1918 年 3 月 19 日所说的话："比利时曾有牛一百五十万头；我们知道实际上一半已到德国去了。"

③ 法国和比利时当局在 1919 年停战协定后占领来因河左岸期间，对以前曾经收买德国军政府劫走的机器和设备的德国工厂主进行了刑事控诉。

④ 见第 147 目。

⑤ 见第 138 目——2。

⑥ 纽伦堡美国军事法庭，在所有这些案件中，都判定德国工业家犯有协助掠夺占领区内公私敌产的罪。

⑦ 见第 139 目。

⑧ 见第 139 目和海牙章程第四条。这一条只提到军械、马匹和军事文件，但马鞍、马蹬等是附属于马匹的，正如弹药是附属于军械的一样，因此，它们也是可以没收的。

辆，也是可以沒收的。但是按照1949年关于战俘的日内瓦公约第十八条，在战俘身上发现的信件、现金、珠宝和其他有价值的东西不得取去；而且按照1949年关于病者伤者的公约第十六条，交战国必须搜集在战场上和在死者尸体上发现的一切属于私人性质的物品，并将它们转送给对方。①

**第145目 携入交战国领土内的敌方私有财产** 上面谈的是交战国在敌国领土内所发现的私有财产的地位；但是，在战争期间被携入交战国一方领土内的敌方私有财产的情形就不同了。既然在战争爆发时在交战国领土内发现的这种私有财产是不得沒收的，②而且在敌国领土内发现的私有财产现在照例也是免予沒收的，因而毫无疑问，在战争期间被携入交战国领土内的敌国私有财产照例也是不得沒收的。③另一方面，交战国可以禁止运出敌国可以用于军事用途的财物，如军械、弹药、给养等。按照海牙章程第五十三条来类推，毫无疑问，交战国可以夺取这类物品，并且把它们用于军事用途，但在媾和时应予归还，并给予补偿。

## 第七节 征用和捐献

**第146目 以战养战** 战时征用和捐献是以战养战这一永恒

① 1944年8月，美国陆军部为了维持在作战地区内的美军士气，发出了一项关于军事人员可以保留战争纪念品的通告。这个通告在提醒对日内瓦公约有关规定的注意时，着重指出：从战俘或伤者或死者身上取去勋章、官阶徽章或有价值的物品，是违反国际法的。同时它声称，士兵捡拾或保存在战场上发现的小物件，或向战俘收买一些如系取自战俘、伤者或死者就会是不合法的东西，都没有什么不合法之处。鉴于双方讨价还价能力的不平等，就发生了这样的问题：允许向战俘收买这些东西是否容易引起流弊？

② 见第102目和该目附注。

③ 当然，在交战国领水内夺取的敌国商船是一个例外；交战国在自己的商船上发现的及在自己的港口内夺取的敌国货物，也是例外。见第102目——2和第177目，附注；第197目，附注。

原则的结果。这就是说，每一交战国都可以使它的敌人尽可能地担负继续战争的费用。但是，这个原则虽然同战争本身同样古老，而且只能随战争本身一起消灭，但在近代时期对交战国的行动的影响却沒有象过去那样大了。数千年来，交战国一向沒收它们所拿到手的一切公私敌产，而且在近代国际法成长起来的时候，这种实践取得了法律的认可。但在十七世纪末叶以后，在下述的经验的影响下这种实践渐趋溫和了，即：如果按照旧的原则对待当地居民，在敌国领土内的军队就几乎不可能得到给养。虽然在严格的法律上，交战国保有象沒收一切公有财产一样沒收一切私有财产的权利，但它们越来越习惯于不行使这个权利，而代之以对被侵入国的居民强加以现金捐献和实物征用。当这一惯例发展时，沒有一个交战国曾经想到对征用的东西付给现金或给予收据。但在十九世纪中，另一种实践又很通行了。司令官们对于捐献和征用往往给予收据，以便避免发生流弊和防止后来的司令官因不知过去的征索而又要求新的捐献和征用。根据记载，在十九世纪中有过交战国对于它们所征用的一切东西实际上以现金偿付的情形。十九世纪末的通行惯例是，司令官们对于捐献总是给予收据，而对于征用的东西或付现款，或给予收据，使居民在媾和后可以由他们本国政府给予赔偿。但是，关于捐献和征用的数额，或关于一国的资源和对它所加的负担之间的比例，司令官们是不受任何限制的。

海牙章程对于这问题作了一种进步的解决；它制订了一些规则，把这个问题置于完全新的基础之上。依据海牙章程，以战养战仍然是一项原则。但是，海牙章程受到一种要求的广泛影响，即：供养战争的应是敌国国家而不是敌国个人；而且只有在为战争必要所要求时，才可以要求捐献和征收。所以，虽然象过去一样[①]对

① 见第 134 目和 137 目。

某些公有动产和公有不动产的产物可以没收，但是，征用必须付给现款，如果不能付给现款，则必须给予收据。

**第 147 目 实物征用和占住民房** 征用一词是指要求供应军队所需要的各种物品，如人员和马匹的给养、衣服或运输工具。也可以征用某种役务，但这个问题将与敌国领土的占领问题一起讨论①，而只有实物征用属于本节的范围。关于军队可以要求哪些物品，是不能一劳永逸地完全规定出来的，因为这要看军队的实际需要而定。按照海牙章程第五十二条，可以向自治市政团体征用，也可以向居民征用，但征用须以占领军所真正需要的东西为限；不应为了供应交战国的一般需要而要求征用。② 士兵和军官个人不得进行征用，只有当地的司令官才能进行征用。一切征用必须以现款偿付；如果这点办不到，就必须给予收据，并且应尽速偿付款项。③这样就绝对地承认了敌方对征用必须偿付的原则，但是，如果总司令官没有现金以偿付征用时，他们当然可以要求捐献。④无论如何，从征用必须偿付这一规则，又可以清楚而毫无疑问地看出，私有敌产照例是免于入侵军的没收的。⑤

① 见第 170 目。

② 在第一次世界大战中，德国人在占领比利时和一部分法国领土时，完全不顾第五十二条的规定，因为他们实行征用不仅是为了占领军的需要，而且还一般地为了德国的需要。李斯特为德国这一方面的行动提出的辩护理由是："饥饿封锁"使他们有此必要。

③ 第一次世界大战后设立的各混合仲裁法庭一再认为，虽然最初进行的征用可能并不违反国际法，但是，如果经过了相当时候而仍然不给予充分赔偿，它就变成违反国际法的了。在 1948 年梅斯的法国常设军事法庭所判决的非力浦•腊斯特案中，腊斯特被判犯有违反第五十二条的非法征用的罪，即在征用时没有给付现款或给予收据。

④ 见第 148 目。

⑤ 关于违反第五十二条而进行的征用在改变所有权的意义上是否有效的问题，司法权威的意见是有些不一致的。在台斯道夫诉德国国家案中，英德混合仲裁法庭认为，虽然把在比利时征用的一些咖啡送往德国供给在德国的军队使用，是违反第五十

一种特别的征用是在敌方领土内私人居民的房屋里驻兵，[1]这些居民必须供应他们食宿，并且有时还要供马匹的厩房和饲料。虽然海牙章程未特别提到占住民房，但对这个问题可以适用第五十二条，因为占住民房不过是一种特别的征用而已。如果对占住民房不能立即偿付现款，每一个有关居民必须取得一纸收据，说明驻宿的士兵人数和供养他们的日数，而且这笔款项必须尽早付清。但是，无论通常的征用或军队驻宿，司令官并不必须按照居民所要求的价钱偿付。相反地，他可以自己规定价钱，但价钱必须是公道的。

**第 148 目　捐献**　捐献是要求自治市政团体或居民——无论是敌国人民或外侨——交付的现款。过去没有关于捐献的一般规则；海牙章程第四十九条和第五十一条规定了要求捐献不得过苛，并且只可为了军队的需要而要求，[2]例如为了偿付征用，或为治理

---

二条的规定的，但这种征用在国际法上并不是无效的，因而原告在当时当地就丧失了他们的财产权。另一方面，在大罗马公司诉德国国家案中，法德混合仲裁法庭判称，在这种情况下的征用并不转移被征用物资的财产权。在休他诉古兹考斯基案中，波兰最高法院持同样的意见。比利时最高法院在劳伦特诉勒仁案中认为，征用而没有付款或给予收据，就象偷窃一样，是不能转移财产权的。匈牙利最高法院的见解也是这样。捷克斯洛伐克最高法院认为，征用的国家后来将征用的物资出售，并不溯及既往地使征用成为无效。

1943 年 1 月 4 日，美国、英国、苏联、中国和若干其他联合国家，特别对在中立国的人们发出警告称，他们将尽其全力击败敌人在占领区内实行的“剥夺财产的手段”。除对其他事项外，它们保留对敌方占领的领土内的财产和利益的转移宣布无效的权利。关于在战事终止后夺取中立国境内与德国掠夺行为有关的德国财产问题，见第 102 目——1。

不容置疑，不顾国际法而剥夺财产是不能产生或转移所有权的。中立国没有采取必要和切实的步骤以防止其人民取得这类财产，就是间接地纵容了占领国的非法措施，因而担负了责任；这种责任虽然是新奇的，但大概并不因此不能用适当的国际救济方法来强制执行。

① 见第 143 目。

② 关于以捐献作为惩罚，见海牙章程第五十条。

该地之用。捐献只能由总司令官以书面命令来实行；这和征用不同，征用只要当地司令官下令即可。不得滥令居民捐献，而必须尽可能地按照他们本国政府所订的征税规则规定他们的摊派数额。最后，对每一笔捐献都必须发给收据。①

## 第八节 敌产的破坏

**第149目 禁止恣意的破坏** 从前，入侵的军队常将他们所不能利用或携走的敌产纵火焚烧或加以破坏。后来，当作战方法渐趋温和时，在严格的法律上，交战国保有任意破坏敌产的权利，然而它们照例都不再利用这个权利。但是，现在这个权利已经过时作废了。因为，在十九世纪，绝对禁止一切无益地和恣意地破坏敌产——不论是公有的还是私有的——已经成为国际法的一项公认规则，而且这一规则在海牙章程第二十三条(庚)有了明文规定："禁止破坏……敌产，除非这种破坏……为战争必要所迫切要求的。"

**第150目 为进攻和防御而进行破坏** 为进攻和防御而进行的对敌产的一切破坏或损害是**必要的**破坏和损害，因而是合法的，不论这是在战斗时发生在战场上，还是发生在战斗或包围的准备期间。为了加强防御阵地，可以破坏或损坏一座房屋。为了掩护一支军队的退却，可以焚烧战场上的一个村庄。可以把敌人据守的炮台周围地区夷为平地，因此可以破坏一切公私建筑物和一切种植物，并且炸毁某一地区内的所有桥梁。如果不准备放弃一块田地、一个村庄，或甚至一个城镇，而准备防守，那么就有可能有必要

① 依据凡尔赛条约(第二四四条，附件一)，德国应负责赔偿"以征收、罚款及其他类似的对平民勒索的方式……"所造成的损失。

用许多方法损坏或完全破坏公私财产。不但如此，如果轰击是合法的，则因轰击而发生的一切对财产的破坏也同样是合法的。当一支交战国军队占据了一所为敌国军队制造弹药或供应给养的敌国工厂时，如果它沒有把握能守住工厂以对抗进攻，这支军队如果不得将厂房破坏，至少可以将设备破坏。或者，如果一支军队占领了敌方的一个要塞，它可以将防御工事削平。甚至在战场上掘壕作战的军队，也可能不得不破坏许多种的财产。

虽然如此，在每一个情形下，破坏行为必须是"战爭必要所迫切要求的"，而不应仅是出于抢掠或复仇的精神；在第一次世界大战中，在法国的德国军队于1917年春天在撤出的地区內对房屋、果园、葡萄园和树木所实行的可怕的和彻底的破坏，以及次年秋天德军在康布雷和德军撤退路线上的其他地方对煤矿、工厂和住宅所实行的同样破坏，都是出于这种抢掠或复仇的精神的。①

**第151目 在行军、偵察和进行运输时所作的破坏** 在行军、进行军事运输或偵察时破坏敌产，如果是不可避免的，则是合法的。一支偵察队如果骑马穿过农田能更好地达到他们的目的，就不一定要在路上走。在必要时，军队可踏过农作物行进，运输队可在农作物上通过。一个人道的司令官除非必要，不会允许他的军队和运输队在农田上或农作物上走过或开过。但是如果为了战爭的目的有此必要时，他是可以这样做的。

**第152目 军械、弹药和给养的破坏** 凡交战国可以沒收的任何敌产，它同样都可以加以破坏。为了防止敌人利用这种财产，退却的军队可以破坏他们从敌人那里取得或征用来而不能携走的军械、弹药和给养等。但是他们不得为了防止敌人将来加以利用，

① 见第154目。

而破坏敌方私人居民手中的给养。① 一个司令官也不得为了破坏这类给养而加以征用，因为海牙章程第五十二条明文规定，征用只能为了供应军队的需要。

**第153目 历史纪念物、艺术品等的破坏** 海牙章程第五十六条特别禁止对历史纪念物、艺术科学作品、供慈善、教育或宗数之用的建筑物的一切破坏和损坏，② 并规定对作这种行为的人应予追诉，即交付军法审判。但是这些东西只有在军事占领敌国领土期间才能享受这种保护。如果在历史纪念物附近的空地上发生战斗，如果在军事行动中对一个教堂、学校或博物馆进行了防守和攻击，这些本来应受保护的东西就可能象其他敌产一样遭到破坏或毁坏。③

**第154目 全面破坏** 对一个地方——不论是城镇还是更大块的敌国领土——是否可以加以全面破坏，以及在什么条件下可以加以全面破坏的问题，也必须加以考虑。毫无疑问，这种破坏照例是绝对禁止的，而只有在非常情形下才是许可的；用海牙章程第二十三条(庚)的话来说，这种情形就是在"战争必要所迫切要求的"时候。要一下子完全说明使全面破坏成为必要的各种情况是不可能的，因为一切都要视具体情况而定。但是，必须承认全面破坏可能是合法的这一事实。例如，在已经被占领的地区内发生居民军的情形下，交战国为了自保而必须采取最严厉的措施时，全面破坏就是合法的。又如敌人在主力被击败和领土被占领后，将其残

① 斯佩特反对这种说法。他的论点并不是十分肯定的，因为它们是涉及正当的全面破坏的情形。

② 照格老秀斯的意见，国际法不禁止破坏坟墓、墓碑、教堂等，不过他极力主张，除非保全它们会危害入侵者的利益，它们都应免予破坏。

③ 见第158目。1947年梅斯的法国军事法庭在林根费尔德案中将一个德国人判罪，因为他故意损坏一个战争纪念碑和贞德像。

余部队分成小股，进行游击战，并获得食物和情报，以致除非以全面破坏切断游击队的一切接济，就沒有希望结束战爭，则全面破坏也是合法的。但是，必须特别说明的是：只在有迫切必要时，而且只有在交战国沒有更好的和较不严厉的办法时，全面破坏才是正当的。例如，在第一次世界大战期间，德国军队于1917年春季对法国松姆地区进行的全面破坏，或翌年秋天对败退时所经地区的全面破坏，都是沒有迫切的必要的，因而是沒有理由的。[①]

虽然如此，无论何时交战国如果实行全面破坏，都应在可能范围內为被破坏地区的不幸的和平居民做些安排。与其任他们在当地死去，不如将他们俘虏去更为人道。国际军事法庭在判定第二次世界大战时德国参谋总长约德耳的罪行时，就考虑到他曾经下令在挪威的某些省內撤退所有的人并把他们的房子放火烧了。据说在执行这一命令时，有三万所房子遭到损坏。约德耳还曾签署命令，不得接受莫斯科或列宁格勒的任何投降要求而应将这两个城市完全摧毁；这个事实也被法庭认为是战爭罪。“恣意破坏城镇或村庄，或非为军事必要而进行破坏”[②]是在国际军事法庭宪章第六条所列举的应由该法庭审理的各项战爭罪之中。在南非战爭中所采取的把遭受破坏之害的人收容在集中营里的办法应该予以赞

① 见第150目。

② 在德国统帅部（威廉·李卜等）案中，纽伦堡美国军事法庭在1948年判称，按照本案的情节，被告下令在苏联实行的全面破坏的措施可能是在第二十三条（庚）所承认的军事必要的范围之内的。法庭说：“本案被告等在许多情形下是在他们率领的部队有被切断的严重危险的艰难条件下实行撤退的。在这种情况下，一个司令官必然必须迅速作出决定，以应付其部队的特殊情势。在这种情况下，应该允许他有很大的自由。在这种情势中，所谓超出军事必要的破坏需要有属于战斗和战术性质的详细证明。我们不认为，在本案中有充分的证据足以确证任何一个被告犯了这种罪。”在利斯特等案中，纽伦堡美国军事法庭在1948年作出了类似的判决。该案的被告被控在其指挥下的军队撤退时在挪威芬马克省恣意破坏了公私财产。

问。战争宗旨甚至可能使交战国负有将一个地方的居民强制拘禁在集中营内的义务。①

## 第九节 强攻、包围和轰击

**第155目 强攻、包围和轰击的合法性** 强攻、包围和轰击本身，分别地和合在一起使用，都是完全合法的作战手段。② **在战场上**的轰击和强攻，都不需要专门加以讨论，因为它们是可以在与一般武力同样的情况和条件下使用的。这里唯一的问题是在什么情况下准许**在战场之外**进行强攻和轰击。海牙章程第二十五条间接地做了回答，该条毫不含糊地规定："对沒有设防的城镇、村庄、居民点或建筑物，一律禁止以任何手段加以攻击或轰击"。③ 这一规定表明国际法所采取见解的一个确实的进步，因为许多作者和军事专家以前曾经认为，为了某些理由和目的，在非常情形下，对沒有设防的地方也可加以轰击；但是，实践符合这个新准则到了什么程度是可以怀疑的。但是，设防的地方是否有防御工事是沒有关系的，因为沒有防御工事的地方仍然是可以防守的；但在什么情况下才能认为一个地方是设防的，并不总是沒有疑问的。④ 交战国在占领一个设有防御工事但沒有进行防守的地方后以轰击以及其

① 见第116目，附注。

② 有些作者——如皮耶和梅里纳克——主张，只有在包围者用饥饿方法迫使被包围者投降的企图失败后，轰击才是合法的。这种意见并不是以公认的国际法规则为根据的。

③ 这里没有特别提到包围，因为没有一个交战国会想到去包围一个没有设防的地方；同时，这样的包围就会发生对没有武装的敌国人民使用不正当暴力的情形，因而是不合法的。

④ 按照《陆战：陆战法规和惯例释义——供英国军队军官遵行》一书的意见，一个地方"如果有军队占领或有军队正在通过，都可以认为是设防的"。

他方法毁坏防御工事，是不禁止的。

“以任何手段”等字样是第二次海牙会议添加的，以便包括飞机轰炸在内。然而，有些人认为，按照海军轰击的类推，① 铁路枢纽、军火工厂等地方，虽然是在沒有设防的地区內，但是可以从空中加以轰炸。在第一次世界大战中，所有交战国都进行了这样的轰炸。②

**第156目　强攻**　对沒有设防的城镇、村庄、居民点和建筑物，不得进行强攻；③ 但是，当强攻是合法的时候，关于实行强攻的方式，国际法沒有特别的规则，所以只能适用关于进攻和防守的一般规则。特别是在进行强攻前，沒有必要④ 把即将进行的强攻通知地方当局，或要求他们投降。在强攻前或在强攻的同时可以轰击，也可以不轰击，这是不需说明的；对于经强攻占领的城市进行抢掠，是海牙章程第二十八条所明文禁止的，这也是不需说明的。

**第157目　包围**　关于不用轰击而实行包围的方式，国际法沒有特别的规则；对这个问题也只能适用关于进攻和防守的一般规则。因此，例如，包围一个城市的武装部队可以切断供应被包围者饮水的河流，但不应在河水中投毒。⑤ 而且，也沒有任何法律规则要求包围的军队允许所有非战斗员，甚至妇女、儿童、老年人、病者和伤者或中立国人民不受到干扰地离开被包围地方。⑥ 不但如此，如果被包围地方的司令官为了要减少消耗存粮的人数而驱逐非战

① 见第213目。

② 见第214目——1和第214目——3。关于第二次世界大战中空中轰击，见第214目——5乙。

③ 见第155目。

④ 这一点可从海牙章程第二十六条推论出来。

⑤ 见第110目。

⑥ 有时却也给予这种许可。例如，在1870年法德战争中，包围斯特拉斯堡和贝耳福尔两地的德军，曾允许妇女、儿童和病者离开被包围的要塞。

斗员，包围的军队也不必允许他们通过它的防线，而且可以把他们赶回去。①

**第158目 轰击** 在第一次世界大战前，除了和强攻或包围相关联外，一般没有考虑到陆地部队的轰击问题。但是那次战争的经验，特别是飞机②和远射程大炮的新的使用，提出了专为破坏目的而不是作为武装部队占领的前奏的轰炸是否合法的问题。如果象一般所主张的，飞机在作战地区内轰炸，即使没有占领被轰炸地区的意图，也是合法的话，那么，用远射程大炮实行同样的轰击，似乎也是合法的。虽然如此，海牙章程第二十六条规定，进攻部队的司令官，除了实行强攻的情形以外，应竭力设法把他要实行轰击的意图通知对方。但是必须着重指出的是，并不因此而有严格的义务要对一切的轰击都发出通知，因为司令官只应**竭力设法**发出通知。当情况使他不能发出通知时，或当战争必要要求立即进行轰击时，他就不能发出通知。通知的目的是使将被轰击的地区内的私人为他们自己和他们个人的贵重财产寻找掩蔽所。

海牙章程第二十七条将过去的一项习惯规则加以制订，即：必须采取一切必要的步骤尽可能地保全一切专为宗教、艺术、科学、慈善事业之用的建筑物、历史纪念物、医院、和一切病者和伤者集

---

① 不得禁止中立国外交使节离开一个被包围的城镇，是他们的治外法权的结果。但是，如果他们自愿留下来，他们是否可以要求以信件和信使和他们的本国进行不受控制的通信呢？在1870年德军包围巴黎时，美国驻巴黎的外交使节沃希伯恩先生曾要求派遣信使以密封信袋携带信件通过德国防线前往伦敦的权利。俾斯麦宣称，他准备允许巴黎的外国外交官每星期派遣信使到他们本国去一次，但是他们的函件必须是开口的，而且其中不得有关于战争的话。虽然美国和其他国家提出了抗议，但是俾斯麦没有改变他的决定。整个问题应该看作是还未解决的。见上卷，第399目。

② 关于空战，见第214目——1至第214目——5。在1927年希德混合仲裁法庭判决的柯安卡兄弟诉德国案中，法庭判称：海牙章程第二十六条所规定的义务可以类推适用于空中轰炸。

合的地方，但这些建筑物、地方、纪念物不得同时用于军事目的。要使进攻部队能够保全这些地方，它们必须用一些标志标明，这种标志应于事先通知进攻部队，并且这种标志必须能从包围的炮队实行轰击的远处地点看得清楚。

没有一次轰击而被轰击者不指责进攻部队漠视了这类地方应予保全的规则。实际上，每当交战一方指责另一方故意轰击一所医院、教堂或这类建筑物时，对方总是愤怒地否认这种指责，或者是以这些神圣的建筑物已经被提出指责的一方不正当地加以利用的理由为辩护。[①] 虽然如此，进攻部队并没有将轰击限于防御工事的法律义务。相反地，用轰击来破坏公私建筑物，一向被认为是合法的而且现在仍然被认为是合法的，因为这是使对方当局认识到应该投降的一种方法。有些作者[②] 主张，轰击城镇与轰击该城镇的防御工事不同，轰击城镇永远是不合法的，或者至少只在轰击防御工事未能使对方投降之后才是合法的。但是这种意见并不代表交战国的实际做法。海牙章程也没有采纳这种意见。在现代战争的情况下，这种意见显然是陈旧了的。

## 第十节 间谍行为和战时叛逆行为

**第159目 间谍行为和战时叛逆行为的双重性质** 如果没有关于敌人的武装力量和意图及军事行动地区的地方情况的各种情

① 例如，当法国在1870年指责德军在围攻巴黎中曾故意轰击医院时，德国认为那是一个偶然事件。又如在1870年斯特拉斯堡被围时德军曾轰击大教堂，他们以法国人曾在大教堂上设置瞭望台来为他们的行动作辩护。又如在第一次世界大战中，当德国炮轰并毁坏来姆斯教堂及其他极神圣的大建筑物时，他们又以这些地方曾经设置瞭望台作辩护。

② 法太尔并不否认轰击城镇的权利，但是他不主张这样做。

报，战争是无法进行的。为了要获取必要的情报，使用间谍，以及利用敌方士兵或敌方私人的叛逆行为，不论是对他们行贿①，或是他们自愿无偿地供给情报，一向都被认为是合法的。海牙章程第二十四条把下述的习惯规则加以制订，即：使用为获取关于敌人和地方的情报所必要的方法被认为是许可的。但是，虽然在使用这些方法的交战国说来这些方法是合法的，但这并不能保护那些从事获取情报的个人不受惩罚。虽然交战一方使用间谍和叛逆是合法的，但对方对间谍和叛逆的惩罚也是合法的。的确，间谍行为和战时叛逆行为都有双重的性质。因为，作间谍或战时叛逆行为的人被认为是战争犯——下面将予以说明②——并且可以加以惩罚，但各交战国使用间谍和叛逆却被认为是合法的。

**第 160 目　间谍行为与侦察和送信不同**　间谍行为首先不应与侦察相混淆，其次不应与送信相混淆。按照海牙章程第二十九条，间谍行为是一个士兵或其他个人秘密地或在虚假托词下设法取得关于交战地区内交战一方的情报以便送交他方的行为。③所以，沒有化装而深入敌方作战地区的士兵不是间谍。④他们是侦察兵，享受武装部队人员的一切特权；如果被俘获，应给予战俘的待遇。同样地，为本国军队或为敌军担负送信的任务而且公开执行其任务的士兵或平民不是间谍。至于送信人是利用气球、飞机还是其他交通工具，都是沒有关系的。因此，一个士兵或平民企图把被包围在一个要塞中的军队的信件带给该交战国的其他部队，

① 但是，有些作者认为贿赂敌方士兵从事间谍行为是不合法的，见第 162 目。

② 第 255 目。

③ 关于"交战地区"一语的解释，参看美国诉麦克唐纳案。在该案中，法庭判称，第一次世界大战的情况使得纽约港也被包括在作战活动范围之内。按照国际法的一条习惯规则，协助或赞助间谍行为及明知为间谍而加以隐蔽，都可以当作间谍行为来惩罚。

④ 关于突击队和空运部队，见第 81 目——1。

不论是利用飞船或在夜间骑马或步行，都不得视为间谍。另一方面，送信人或飞船上的人很可能进行间谍行为。[①] 仅仅气球或飞船是望而可见这一事实，并不能保护其使用人不被视为间谍；因为间谍行为不但可能是秘密地进行的，而且也可能是在虚假的托词下进行的。但是，在这种情形下，必须特别慎重，以确实证明间谍行为的事实，因为一个带信的人初步看来并不是间谍，在被证明是间谍之前，不应视为间谍。[②]

**第 161 目　对间谍行为的惩罚**　对间谍行为的惩罚通常是绞杀或枪决；不过较轻的惩罚当然是可以的，而且有时也是这样做的。但是，按照海牙章程第三十条，间谍未经军事法庭审判不得惩罚。在第二次世界大战后的各种战犯审判中，有一些人就是因为曾经下令或曾经参加不经审判而对所谓间谍执行死刑而被判罪。[③] 按照第三十一条，间谍在作间谍行为时未被俘获而重新回到其所属的军队，以后如果为敌方所俘获，不得就其从前的间谍活动

① 关于无线电报，见第 356 目(4)。

② 1780 年美国独立战争期间发生的安德来少校案，是一个以间谍行为判罪的可以注意的例子。美国阿诺德将军是北河的西点的指挥官，他意图背叛美方，加入英军。他和亨利·克林顿爵士就交出西点一事进行了谈判；亨利·克林顿爵士委派安德来少校和阿诺德作最后安排。9 月 21 日夜间，阿诺德和安德来在美、英防线之外会晤，但安德来在换去军装穿上便服之后，在回来时带着阿诺德发给的冒用约翰·安德森名义的通行证想通过美军防线。安德来被拿捕，并被判为间谍，绞刑处死。由于他不是在探取情报，因此按照海牙章程第二十九条他不是间谍；如果这类案件发生于今日，判处间谍罪会是没有理由的。但是判处战时叛逆罪是可能的，因为安德来无疑地是在进行叛国的谈判。虽然如此，乔治三世认为安德来是一个烈士，而且为了追念他，赏给他的母亲一笔养老金并赐他的兄弟以准男爵爵位。

③ 例如，在 1946 年符佩尔塔耳英国军事法庭审讯的维尔纳·罗德等案中，被告因未经审判并在令人愤慨的情况下，将穿着便衣被派往法国协助驻在法国抵抗运动的英国连络官的四个英国女战俘处死而被判罪。她们被注射了致命毒剂，并在未死前即被焚化。关于 1949 年日内瓦公约中对间谍和破坏者进行公允的审判的规定，见第 172 目——2。

加以惩罚，而必须给他以战俘待遇。但是，第三十一条仅适用于属于敌方武装部队的间谍；充任间谍而后来被捕的平民，是可以惩罚的。对于间谍的身分、等级、地位和动机是不予考虑的。他可能是一个军人或一个平民，也可能是一个军官或一个普通士兵。他可能是执行上级的命令，也可能是出于爱国动机而自发地行动的。①

**第 162 目 战时叛逆行为** 所谓战时叛逆行为是指在一个交战国防线内从事于不利于该交战国的某些行为的一个广泛而且时常被随便使用的名词。② 战时叛逆行为必须与狭义的叛逆行为相区别；只有对受害国有效忠义务——即使是暂时的效忠义务——的人们才能作狭义的叛逆行为。武装部队的成员或交战国的普通人民都可能作这种行为。很难设想被占领的敌方领土上的居民或暂时居留在该地的中立国人民怎么能作这种行为。毫无疑问，占领地区内的居民必须服从占领国所制订的法律。在许多方面，这种义务与那种作为服从国家法律的基础的义务并无区别，而国家法律是被看作有效当局所惯常执行的行为规则的。③ 但这一义务与服从国家法律的义务在一点上是不同的，即：如 1949 年日内瓦公约所一再说明的，④ 这一义务不是以效忠的义务为根据的。占领区的居民仍然是对合法主权者负效忠义务的。不能反对占领国

① 1776 年发生的美国上尉纳森·黑尔案，由于案中间谍的地位而成为一个值得注意的间谍案。黑尔上尉在美军从长岛撤退后，又化装渡海进入该岛，并获得了关于占领该岛的英军的重要情报。但是他在回到他自己的军队之前被捕了，并被作为间谍处死。多佐贺少佐及大喜上尉案，虽然被报道为间谍案，实际上是一个战时叛逆案。该案将在第 225 目附注中讨论。

② 见第 255 目，附注。

③ 认为占领国要求服从的基础只是赤裸裸的武力而无其他的看法，大概是错误的。除非占领国能够合理地指望这种服从，便没有理由期望它遵守保护居民的义务，保护与服从之间的互相关系不仅是一个法律公式。关于抵抗运动，见第 60 目。

④ 见第 172 目——2。

在国际法和人道考虑的限度内制订不论怎样严厉和怎样多的特殊法律和规章,[1] 以保证它的部队的安全和该地区的行政的正常进行。但是把一个具有很大伸缩性而且以根本不存在的效忠义务为根据的名词使用到占领地区内的居民身上,似乎是不适当的。"战时叛逆行为"这一含混的概念是会鼓励占领者的专横和恫吓行为的。不但如此,它暗含有某种程度的道德败坏的意思,而这种含义由于经常地——虽然是根本不正确地——把所谓战时叛逆行为指为一种战争罪而更为明显了。

对于交战国以贿赂诱使敌方要塞司令投降,或贿赂敌方军官以获取情报,或作其他这种性质的行为[2] 是否合法的问题,曾经是有争论的。这种行为现在都不认为是非法的。

**第162目——1 鼓动敌国人民叛变** 关于鼓动敌国人民起来反对当权的政府是否合法的问题,在过去是议论纷纭的,[3] 而现在则已经没有争论了。在第一次世界大战期间,各交战国在这方面展开了积极的活动。从那时以后,使用飞机散布宣传品的可能性的增加,尤其是无线电广播的出现,都显示出了这个武器的巨大潜在威力。在第二次世界大战中,双方[4] 都曾建立经常的无线电节目对敌国和中立国传播战事消息,而盟国方面更大规模地用飞机

---

① 驻德军政府(最高统帅管制地区)1945年发布的第一号命令,"为了保证盟军安全和在盟军占领的全部地区内建立公共秩序",明文规定了可以作为犯罪行为和违法行为而加以惩罚的各种行为。它列举了二十类行为可以判处死刑或判处军政府所规定的其他刑罚,另外十二类行为可处以死刑以外的其他刑罚。

② 在纽伦堡美国军事法庭1949年判决的魏萨克尔案中,法庭认为禁止在与战争行动有关的工作上使用战俘,并不使拘留国负有义务不得使用战俘的自愿服务——包括等于叛逆行为的服务在内。

③ 斯佩特对于鼓动军队和鼓动平民加以区别;他认为前者是允许的。

④ 德国对于收听外国广播或传布其内容规定了很重的刑罚,包括死刑在内,但它的态度并不前后一致。

散发传单，以诱使德国人民推翻据称对战争完全负责的独裁政权。虽然这种劝说办法冒有过分相信一国人民最终可以解除其对其政府的行为责任的危险，① 但并没有什么法律上理由妨碍使用这种手段来破坏敌国的抵抗。如果完全毁灭敌国作为一个独立国家是战争的合法目的，那么对于企图用革命推翻敌国政府的办法来达到战争目的的各种活动，就更没有什么法律上的反对理由了。就交战国政府和负责作这种行为的个人而言，这种行为是合法的。在第一次世界大战期间，中欧国家有时主张它们有权对从空中投掷煽动性传单的敌国武装部队的个别人员以叛国罪论处。② 国际法并没有赋予它们以这种权利。另一方面，1949 年日内瓦平民公约中却有规定，不许占领国使用压力或宣传，使当地居民志愿应募反抗其合法主权者。③

## 第十一节　诈　术

**第 163 目　战争诈术的性质**　战争诈术或军略，是为着军事行动的利益迷惑敌人而使用的诡计。这种诡计在战争中是极端重要的。正如交战国可以使用一切方法取得情报一样，它们也可以使用一切诈术以欺骗敌人——海牙章程第二十四条肯定了这一点。使用战争诈术可以达到极为重要的目的，例如：使一支军队或一个

① 韦斯特累克写道：“构成一个国家的人们不得推卸对该国被控告的违法行为所应负的一部分责任。……这是公平的。一个国家所作的任何行为，都是由组成该国的人们所作的，或者至少是得到他们的核准的。国家不是一个自己能够作行为的机器。”

② 海牙空战规则第二十一条（见第 214 目——2）规定如下：“使用飞机从事散布宣传品不应视为非法的作战手段。对这种飞机上的飞行人员，不应因被控从事这种行为，而被剥夺他们作为战俘的权利。”

③ 见第 172 目——2。

要塞投降，使敌人从其所占有的地区撤退，从敌人包围中撤退，使敌人放弃计划中的进攻，等等。但是，在战斗中也使用战争诈术，而且战争诈术往往是决定战斗胜负的因素。

**第164目 军略的种类** 诈术的种类很多，不可能全部列举和分类。但是可以举出一些例子。设置埋伏和圈套、伪装军事行动(用假行军或设立炮位等)、佯作进攻或逃跑或撤退、实行奇袭，以及其他在战争中日常使用的军略，这些都是不用说明的。但是知道这一点是重要的，即：只要是有用的，就可以下令发出假信号或假号音，可以使用敌人的口令，可以散布欺骗性消息，可以模仿敌人的信号和号音以迷惑敌军。甚至诸如贿赂敌方司令官或高级官员、秘密引诱敌方士兵逃亡和引诱敌国人民起事①这类行为②也常常发生，虽然许多作者表示反对。至于使用敌国国旗、军旗和制服，理论和实践都一致主张禁止在实际进攻或防守时使用这些东西，因为在实际作战中交战国部队应该确定谁是朋友谁是敌人的原则被认为是不可违反的。但是，许多作者③认为在实际战斗开始前，作为军略，交战国部队可以使用这些欺骗手段。海牙章程第二十三条(己)并不无条件地禁止使用这些欺骗手段，而只是禁止**不正当**的使用，而什么是正当的使用，什么是不正当的使用问题，沒有予以解决。那些以前主张在实际战斗之外可以使用这些标志的人们，可以正确地争辩说该条并不禁止这样做。④

① 见第162目，附注。

② 这一点曾在第162目中讨论过。

③ 在第一次世界大战前，认为甚至在实际进攻前使用敌方旗帜、军旗和制服也是不合法的作者人数越来越多了。在德国美占领区军事法庭1947年审判的奥托·斯高善尼等案中，被告是德国陆军人员，被控穿着美军制服作战，但被法庭判为无罪。关于军舰使用敌国旗帜问题，见第211目。

④ 当武装部队人员非为欺骗而系因缺乏服装而穿着战俘或敌方死者的制服时——他们在必要时总是会这样做的——应把制服作明显的修改，以便辨别这些士兵

**第 165 目 军略与背信弃义行为不同** 对军略和背信弃义行为必须慎加区别，因为前者是许可的，后者是禁止的。哈勒克正确地说明了这一区别；他规定这样一个原则：无论何时，如果一个交战国曾经明示或默示地承诺向敌人说实话因而负有说实话的道德义务，那么，背负敌人的信任就是背信弃义，因为这构成了违背信实的行为。例如，休战旗或日内瓦公约的十字标志无论如何不得作军略之用；投降条款必须一字不差地严格执行；诈降诱敌入于圈套，暗杀敌方司令官、士兵或元首，都是背信弃义的行为。另一方面，可以用军略来对付军略，而一个交战国不能指责敌人对它这样的欺骗。例如，贿赂敌方间谍叫他以假情报供给他的领导者，或者一个军官在敌方向其接洽并许以贿赂时向敌人佯作接受表示而欺骗行贿者使其遭受惨败，这些都不是背信弃义行为。

## 第十二节 敌方领土的占领

**第 166 目 占领是作战的一个目的** 如果一个交战国成功地占领了敌国领土的全部，或者甚至一部分，它就实现了战争的一个重要目的。这时，它不但可以将敌国领土的资源用于军事目的，而且可以暂时保持敌国领土作为自己的军事胜利的保证，因而使敌人认识到有接受媾和条件的必要。国际法关于作战的规则在占领问题上比在任何其他部门都进步。在从前，交战国占领的敌国领土在各方面都被看作该交战国的国家财产，因此该交战国对该地

---

是属于哪一方的。不但如此，如果士兵因缺少衣服而不得不穿着平民的大衣、帽子等，必须注意使他们佩带特别的标志，表明他们是士兵，否则他们就丧失武装部队人员的特权（见海牙章程第一条）。在日俄战争中，交战双方都一再指责对方使其武装部队人员穿着中国服装；它们的士兵显然是因为缺乏适当的服装而不得不暂时穿着中国衣服。

区及其居民可以为所欲为。它可以用火与剑破坏该地区，沒收在该地区的一切公私财产，杀害居民，或把他们掳走，或迫使他们宣誓效忠。甚至在战争胜负未分和占领尚未确定之前，它就可以处分所占领的领土，将它割让给第三国。在北欧战争中(1700至 1718年)曾发生过这样的事例。1715 年丹麦把它所占领的瑞典领土不来梅和凡尔登售给汉诺威。至于占领者可以迫使被占领领土内的居民在它的军队中服务，并向他们的合法君主作战，在当时是无可置疑的。例如，在七年战争中，普鲁士的弗雷德里克二世在他所占领的萨克森曾一再强迫征募以千计的新兵。

在十八世纪的后半叶，情况渐渐开始发生变化。法太尔提醒了人们注意仅仅暂时军事占领领土与由于征服和灭亡而对领土的眞正取得之间的区别，这就表明这种区别是越来越明显了。但是，到了拿破仑战爭后很久，在十九世纪，理论和实践才把这种区别的后果充分发展出来。① 黑夫特尔在 1844 年出版的《现代欧洲国际法》一书中是从单纯的军事占领与眞正的领土取得的区别中引伸出全部后果的第一位学者。现时公认的关于占领的规则是经过整个十九世纪才发展成功的，而这些规则在许多方面已经由海牙章程第四十二条至第五十六条加以规定。第二次世界大战的经验表明，这些规则在有些方面是不完备的。这些规则在 1949 年关于战时保护平民的日内瓦公约中得到了补充和扩大。②

① 迟至 1808 年，在俄国对当时为瑞典一部分的芬兰进行了军事占领后，俄皇亚历山大一世还迫使当地居民宣誓效忠，虽然根据 1809 年 9 月 17 日的弗雷德里克珊姆条约第四条，瑞典才将芬兰割让给俄国。而且，迟至 1814 年，在福尔蒂那号案中，威廉·斯科特爵士还认为“被征服的地方立即成为英王领地之一部分”这一通常法原则是有效的。他还提到英国曾在 1810 年从法国取得的瓜德罗普岛在媾和前依 1813 年 3 月 1 日斯德哥尔摩条约第五条割让给瑞典。但是，瑞典似乎始终没有占有该岛。无论如何，依据 1814 年 8 月 13 日伦敦条约，瑞典同意将该岛归还法国，由英国付给瑞典二千四百万法郎作为补偿。

② 见第 172 目——2。

关于海牙章程涉及占领地区内居民的人身和财产以及在该地区内的财产的待遇的规定，前面已经讨论过。[①] 这里我们所讨论的，是进行占领的交战国在管理占领地方面和对于占领地居民的政治权力方面的全部权利和义务的问题。[②] 这些近代规则的基本原则是：虽然占领者绝不能仅因占领领土的事实而获得对该领土的主权，[③] 但它实际上对该地区暂时行使军事权力。既然它由于占领而阻止合法主权者行使其权力，并且要求居民对它服从，它管理占领地时就不但应为它自己的军事利益着想，并且至少应尽可能地为居民的公共利益着想。所以，国际法对于占领国不仅赋予权利，并且也课以义务。[④]

**第 167 目 占领何时完成** 虽然占领者的权力只是属于军事性质的，但它却有某些权利和义务。因此，第一个问题是，在什么时候和在什么情况下，一块领土应认为已被占领。

单纯入侵不是占领，这一点现在是肯定了的。入侵是步兵或骑兵进入——或军用飞机飞入——敌国领土。占领是对敌国领土的入侵**加上**以保有该领土为目的——至少是暂时地——而对该领土的占有。单纯入侵与占领之间的分别，从占领者建立某种行政管理而入侵者则不建立任何行政管理这一点，就看得很清楚。交战国的一支小规模部队可能袭击敌国领土而不建立任何行政管理；它为了进行侦察、破坏一座桥梁或军火和给养仓库等目的而迅速

① 见第 107 目至第 154 目。

② 海牙章程第四十二条至第五十六条。

③ 这也适用于依据停战协定而占领的领土。有人甚至主张，合法主权者在占领期间所制订的法律在占领地内是有拘束力的。但是比利时法院曾经认为，合法主权者所制订的以伤害占领国为目的的新法律，不能作为占领地居民的国内法而对他们有拘束力。但是这个例外不适用于属于合理的或特殊性质的活动。

④ 在若干案件中，法院曾认为关于占领敌方领土的原则适用于依据和约而暂时占领的领土。

冲入内地某处，并在达到目的后迅速撤退。

虽然如此，占领通常是和入侵同时发生的。军队开入一个地区，在进入某一村庄或城镇后——除非它们实际上正在一路打进来——它们就立即占领地方机关、邮政局、警察所，等等，并在这些地方行使权力。从军事观点看来，这些村庄和城镇在那时就是"被占领的"。海牙章程第四十二条规定，当领土在实际上处于敌军权力之下时，该领土就认为已被占领，而这种占领仅适用于权力已经确立并能行使的地区。这个定义是十分不精确的，但象占领这类事情的法律定义也只能精确到这样程度。当合法的主权者被阻止不能行使它的权力，而占领者既能行使它的权力，而且实际上也在该地区建立了一种行政管理时，那么，占领者用什么方法和方式来行使它的权力，是沒有关系的。例如，如果在某一地区的中心驻有一支大军，而从这个中心经常派出快速部队到该地区各个部分，那么，只要这个地区內沒有敌军，而且这些快速部队眞正能够保持对这个地区的控制，①这个地区就确实被有效地占领了。条件是随着有关地区的情形而不同。一个地广人稀的地区同一个人口稠密的地区相比，只需要较少的军队加以占领，而且所需驻守的中心点的数目也较少。②

---

① 这不是所谓推定性的占领，而是真正有效的占领。如果入侵者宣告某些地区被占领而实际上对这些地区并不行使控制，这种占领只是推定性的占领；例如，它实际上只占领了一个大省的省会，并未采取任何步骤对全省行使控制，却宣布全省已因此而为它所占领。

② 例如，对奥兰治自由邦和前南非共和国的占领是在1901年，即在英国兼并它们并且正常战争已经变为游击战之后相当一段时间后才成为有实效的，虽然当时只有英军二十五万人左右维持着约五十万平方英里领土的占领。虽然一年多以后和平才最后建立，但是，下述事实足以使英国对这个广大的领土行使权力：所有城镇和交通线都在英军手中并由英军管理；较小地方的居民都已被移往集中营；敌军不是已经被俘就是散为小股游击队；最后，在任何地方这些小股游击队企图进攻时，就有足够的英军

**第 168 目　占领何时结束**　当占领者从一块领土撤退或被驱逐出去时，占领就告结束。因此，如果占领军退到该地区内的一个要塞去，而在该要塞中被反攻的敌人所包围，或者如果占领者将其军队集中在该地区内某一地方，并且在反攻的敌人面前实行撤退，那么，仅该地区的有限地方仍是继续被占领的。但是，如果占领者在解除了居民的武装并对该地的行政管理作了安排之后，继续前进追击撤退的敌军而只留下较少的士兵在后面，则占领并不因此而告终。

**第 169 目　占领者的一般权利和义务**　由于占领者在实际上行使权力，而合法政府不能行使其权力，[1] 所以占领者取得了对该领土和其居民的暂时管理权；它在行使这个权力时所采取的一切合法步骤，[2] 在占领结束后，合法政府应予以承认。但是，由于占领者在占领区内的权利只是管理的权利，它既不能在战争进行期间把占领区兼并，也不能把它建立为一个独立国家，也不能为政治目的将占领区分为两个行政区（象德国在第一次世界大战期间划分比利时那样）。不但如此，占领者的行政管理在任何方面不能和通常的行政管理相提并论，因为它明显地和确实地是军事管理。在实行军事管理时，占领者完全不受当地宪法和法律的拘束，因为

---

能在相当时间内赶到。

当这些领土被兼并时（见上卷，第 239 目），对它们的占领是否能说是有实效的，是很可以怀疑的。所以，英国政府不应当这么早就宣告兼并这一地区。但是，以后到了 1901 年，占领就成为有实效的了，这应当是没有疑问的。但是也有人持相反意见，见第 264 目和第 265 目。据《泰晤士报南非战争史》估计，在 1901 年 5 月，布尔战士的人数约为一万三千人。这些武装人员分散为很多的游击队，而且他们之中很多人在表面上已经服从英国当局，但后来又拿起武器进行反抗。1911 年 11 月，在土意战争中，意大利对的黎波里和昔兰尼加的兼并也是过早的，见上卷，第 239 目。关于 1936 年意大利兼并阿比西尼亚，见上卷，第 239 目。

① 关于占领者在成为战场的中立国领土上的权力，见第 71 目。

② 见第 137 目和第 279 目至第 284 目。

占领是作战的一个目的，并且占领者军队的维持与安全和战争宗旨是它的首要利益，必须在一切环境和情况下予以促进。但是，虽然为了军队的安全和战争宗旨，占领者享有近乎绝对的权力，但是，由于它不是该领土的主权者，它没有权力在其军队的维持与安全和战争宗旨的实现所暂时必需之外，① 对该地区的法律② 和行政加以改变。相反地，它却有义务按照现行法律和现行行政规则管理该地区；它必须保证公共秩序和公共安全，必须尊重家庭荣誉和权利、个人生命、私有财产、宗教信仰与自由。③ 很明显，占领者不能借着过早兼并占领地这另一不法行为来避免这些以及其他义务，④ 就象第二次世界大战中德国兼并波兰、比利时⑤ 和法国的一

---

① 所以，在第一次世界大战期间占领比利时的德国人把根特大学改为佛来明族的学校是不合法的，这是没有疑问的。

② 见第 172 目。

③ 海牙章程第四十三条规定："合法国家的权力实际上既已落入占领国的手中，后者应尽力采取一切步骤，尽可能地重建和保证公共秩序和安全，同时，除非万不得已，应尊重该国的现行法律。"第一次世界大战后，比利时法院曾拒绝承认德国占领当局所发布的大部分法律和条例为有效，认为它们都越出第四十三条所准许的范围。另一方面，它们承认这些法律和条例在被证明为合理时具有法律的效力，例如减低物价的条例即被承认为有效。占领国虽有时不得不发布有关货币的条例，但是，任何纯为促进占领国的利益并以货币贬值的方法严重损害占领地的经济生活的干涉，都是明显地违反第四十三条所规定的义务的。曼博士对这个问题得出了这样一个结论（我们相信是正确的）：至少在占领的最初阶段，使用占领国自己的货币是一个普遍的而且也是必要的办法，应该被认为是合法的。菲律宾最高法院作出的关于郝比亚（译音）诉中国银行公司案（1948 年）的判决，就其不超出上述论点的那一部分而言，是无可疵议的。不能不同意法院的下述见解：占领国发行货币的权利不仅是根据海牙章程关于占领国维持法律和秩序的权力的第四十三条，而且也是根据军事必要的。另一方面，在柯芒丁（译音）诉吴刚曼案中，缅甸高等法院民事上诉庭在 1947 年判称，日本军事当局发行一种货币与合法政府所建立的货币制度同时通行是逾越了他们依据国际法所具有的权力的。

④ 见上卷，第 239 目，及本卷，第 167 目，附注。

⑤ 关于 1940 年欧本和马尔美提被兼并事，比利时上诉法院于 1947 年在宾德尔诉财政部案中判称，这一兼并是违反国际法的，因此不发生法律效力。

部分时所做的那样。许多法院都把强迫征调这些地区居民参加德国军队视为战争罪。

**第 170 目 占领者对居民的权利** 占领者既对它所占领的领土具有军事权力，居民是在它的军法统治之下的，并须服从它的命令。① 他们的服从义务当然不是从他们本国的国内法、也不是从国际法产生出来的，而是从他们所从属的占领者的军法产生出来的。但是，占领者对居民的权力并非不受限制，因为海牙章程第二十三条、第四十四条和第四十五条② 明文规定，占领者不得强迫居民参加反对合法政府的军事行动，或强迫居民提供关于交战另一方的军队或防御手段的情报。它也不得强迫他们宣誓效忠。因为占领者的权力不是主权，居民对它并不负暂时效忠的义务。③ 另一方面，它可以强迫他们宣誓——有时称为“中立誓言”——不对它采取敌对态度并且自愿服从它的合法命令；它可以对违反这种誓言的人加以严惩。它可征用他们的东西和要求他们捐献。④ 它可以

---

① 关于所谓战时叛逆行为，见第 162 目。

② 虽然海牙章程不能照字面适用于土人居住的而只有很少白人移民的被占领的敌国殖民地，但除非军事上有必要，不应把白人移民驱逐出境。

③ 第二次世界大战后，荷兰法院一再认为，占领国对占领地只有暂时的事实上的权力，并且除了旨在维持社会正常生活的法令的可能例外之外，占领国的立法措施一般地不对居民产生任何法律义务。无论如何，任何对占领国服从的义务，都必须从属于服从合法政府和不协助敌人这一更高义务。例如，在 1946 年海牙特别刑事法院判决的惠斯案中，一个荷兰警察因协助德国占领当局执行旨在镇压抵抗运动、扣押人质和迫害犹太人的法令和措施而被判罪。这些主张可能是难以赞同的。效忠（无论怎么短暂）——或至少是服从——与保护之间的关联不仅是法律逻辑上的一个要求。不能期望占领国对于不向它负服从义务的居民履行其保护职责。关于这个问题，可以注意 1949 年关于战时保护平民的日内瓦公约第六十八条；该条规定，除非法庭特别被提起注意被告由于不是占领国人民而不受对该国效忠义务的拘束的事实，在占领地内不得对一个被保护人（主要就是指占领地的居民）宣判死刑。关于抵抗运动问题，见第 60 目。

④ 见第 147 目和第 148 目。

强迫他们充当司机或蹄铁匠；而且它可以强行使用他们埋葬死者、收集和搬移伤者和搬运物资、给养、行李等，但是——见海牙章程第五十二条——所要求的役务须不致迫使他们参加反对其本国的军事行动。它可以强迫他们为修理道路、桥梁、建筑物或因军事行动而损坏或破坏的其他工程而服务，或从事为管理该地区或为占领军的需要所必需的服务，但这些服务总以不参加军事行动为条件。

然而，"参加军事行动"一词的意义是有些争论的。许多作家主张，而且《陆战：陆战法规和惯例释义》一书中也这样说，① 这一词语包括甚至在后方建筑桥梁、防御工事等在内。交战国的实践② 则把军事**行动**和军事**准备**加以区别，而并不总是认为强迫居民在后方协助建造军用道路、防御工事等，或协助任何其他准备军事行动的工作是不许可的。③ 但是，军事行动和军事准备之间的分界线是模糊不清的；这种区别极易引起滥用，因而使它成为毫无价值的。在第二次世界大战中，在荷兰及其他地方的德国占领当局，在它们认为宜于在表面上做出遵守交战占领法的样子时，就利用这种区别④ 强迫居民建筑沿海防御工事、拆毁市镇民房或建造军

---

① 第 391 目。

② 见第 116 目附注和第 126 目，附注。

③ 曾经有人试图禁止征用甚至仅涉及参加军事准备的服务。例如，在 1874 年布鲁塞尔会议上提出的俄国草案（第四十八条）建议规定：不得强迫占领地的居民参加反对其本国政府的军事行动，**或参加任何有助于实现不利于其本国的战争目的行为**；但会议将以上加重点的字句删去。固然国际法学会在牛津会议上通过的《陆战法规手册》曾经规定——第四十八条（乙）——占领国既不得强迫居民参加军事行动，也不得强迫他们协助建筑攻击或防御工程，但海牙章程并未采纳这项规则；海牙章程第五十二条只禁止征用含有参加军事行动的义务的役务。显然，一切要把这一禁例扩大到包括含有参加军事准备一类义务的役务的企图，直到现在都没有成功。

④ 后来，荷兰法院不赞成这种区别。

舰。1949 年日内瓦平民公约已经基本上把情况澄清了。[①] 在第一次世界大战中,不仅德国在比利时和法国,而且俄国在加利西亚,都曾强迫居民在后方建筑防御工事和战壕,虽然如对第五十二条作从宽解释,就应当禁止它们这样做。

无论如何,把居民强迫运往占领国,强迫他们在那里作工的权利是不存在的。在第一次世界大战期间,当德国人将数千比利时[②] 和法国的男女居民强迫运往德国并强迫他们在那里作工时,整个文明世界都谴责这种做法为暴行。后来这种做法是改变了,而且终于放弃了。在第二次世界大战中,德国所再度实行的将占领地居民强运出境从事强迫劳动的做法,是具有惊人的规模和野蛮性的主要战争罪的性质的。除了在占领地内对大批居民实行有计划的灭绝之外,[③] 这种做法构成了第二次世界大战中德国和其首领的主要战争罪。而且,由于这些被强迫与他们家庭离散的人们在德国所受到的达到恐怖状态的工作与纪律情况,这种强运出境的罪行就更加严重了。据纽伦堡国际军事法庭的判决书称,至少有五百万工人被这样运走为德国的工业和农业服务[④] ——他们之中许多人是在可怕的残酷和苦难的情况下作工的。在起诉书里,强运出境从事奴隶劳动被列为战争罪。该法庭判处主持这个

① 见第 172 目——2。

② 1924 年,在一个被强运出境的比利时人向德比混合仲裁法庭提出诉讼因管辖权的理由败诉后,据报道德国政府与代表该被强运出境的比利时人的组织商定,如果混合仲裁法庭核准,德国将付给被强运出境的比利时人二千四百万法郎。德国作者们明白承认,强运出境是显然无视国际法的。

③ 见第 172 目——1。

④ 纽伦堡国际军事法庭称:"证据表明,被运去德国的工人是在武装监视之下送往德国的,他们常常被挤在火车中,没有足够的暖气、食物、衣服或卫生设备。证据还表明,这些工人在德国所受的待遇,在许多情形下是野蛮的和屈辱的……他们居住的营房是不卫生的;而且食物常常少于工人工作体力所必需的最低限度的需要。"

奴隶劳动计划的部长弗里兹·索克尔死刑，就是把这件事看作是战争罪——索克尔唯一被判定的罪就是这个罪。其他审判战争罪的法庭也同样地谴责这种做法是完全非法的和犯罪的。①

占领者可以征收合法政府为了国家利益所课征的普通税捐和通过费。但在这种情形下，按照海牙章程第四十八条，占领者应尽可能按照原有规章和现行估定税额进行征收，而且它对于占领地的各项管理费用应按照与合法政府所应支出的费用同样规模予以支出。在第二次世界大战中，德国不但犯了将占领地居民强运到德国的主要战争罪，而且还做了对他们在德国所得工资实行抽税的另一项不法行为。

任何人不遵守占领者的命令，或者做了一个被禁止的行为，都可以由占领者加以惩处，但是海牙章程第五十条明文规定一项规则：不得因那些不能认为应由全体居民集体负责的个人行为而对全体居民加以金钱的或其他的普遍惩罚。② 可惜这项规则没有明确③规定占领者在不属于武装部队的敌方个人作了非法作战行为时不得采取报复，虽然在实际上无辜的个人由于他们在法律和道义上都不负责任的非法行为而受到了惩罚。例如，由于某些无法查明的人在一个村庄对敌国士兵进行了背信弃义的攻击，而把这个村庄焚毁以为报复。④ 第五十条也未明确禁止占领者为保护不

① 在大战期间及战后，法国、澳大利亚、中国和南斯拉夫都曾通过法律，明文规定强运居民出境从事奴隶性劳动是战争罪。

② 在第一次世界大战中，德国在占领比利时和法国北部期间，经常地实行普遍的惩罚。

③ 见第248目至250目。

④ 见第248目至250目，那里述及对现行法律的反对意见。这就是德国所称烧毁鲁文的理由。

属于武装部队的游击队所威胁的交通线，或为了其他目的①而拘捕人质②——只要不加杀害——尽管他们必须为着他们在法律和道义上都不负责任的别人行为或不行为而受苦难。这种不能令人满意的情况，现在已经由于1949年关于战时保护平民的日内瓦公约中有关条款而在很大程度上得到了改善。③

在对待敌方领土内的居民时，占领国对于敌国人民和中立国人民不必加以区别，④ 而中立国的侨民对于因占领国的合法的战争行为⑤而遭受的损失，和敌国人民一样，沒有要求占领国给予补偿的权利。⑥

**第171目　政府官员和市政公务员在占领期间的地位**　既然一个地区的权力由于占领而实际上落于占领国的手中，占领国在占领期间就可以撤换所有未与败退的敌人一起撤走的政府官员和

① 交战国有时为了使居民遵从捐献、征用等要求而拘捕人质。只要这些人质得到和战俘同样的待遇，这种办法似乎不是非法的，虽然海牙章程并未提到这点，而且许多作者反对这种办法。见第116目和第259目。

② 但这一点还有讨论的余地，见第259目。

③ 见第172目——2。

④ 见第88目。

⑤ 哈德曼案是一个很好的例子。威廉·哈德曼是侨居古巴西波尼城的一个英国人。在1898年美西战争中，该城为美国武装部队所占领。因为美国军队中发生了疾病，而且恐怕发生黄热病，美国军事当局为了军队的健康，认为有必要烧毁一些房屋，连同居民的所有家具和个人所有物品在内。哈德曼是这些不幸的居民之一。战争结束后，英国政府为他提出了九十三镑的要求，作为他的被毁的个人财产的价值。英美两国政府都同意在军事占领期间一个侨居在敌国领土内的中立国人民，在法律上不能对因占领国的战争行为所受到的损失要求补偿，但英国政府认为，在西波尼烧毁房屋不是战争行为，而只是为了更好地保证美国军队健康的一种措施。这个案子是1913年英美求偿仲裁法庭判决的案件之一。仲裁人裁决英国败诉，因为他们认为这一行为是战争行为，但他们建议美国政府赔偿哈德曼的损失，以示恩恤。

⑥ 但是，尽管如此，交战国当然可以给予补偿。例如，在1914年第一次世界大战期间，德军在占领列日后，将一些平民处死(其中有五个西班牙人)，作为对据说平民攻击德国士兵的行为的报复；虽然德国人肯定说将这五个西班牙人处死是正当的报复，但他们对这些不幸的西班牙人的家属给了金钱的补偿。

市政公务员。另一方面，如果他们拒绝在占领期间继续供职，那么除非某项职务的继续执行有军事上的必要，占领国就不得以武力强迫他们执行职务。如果他们愿意在占领国下服务，占领国可以要求他们宣誓服从，但不得要求他们宣誓效忠，而且，虽然它可以禁止他们以合法政府的名义继续执行职务，但它不得强迫他们以占领国的名义执行职务。① 既然按照海牙章程第四十三条，占领国必须保证公共秩序和安全，那么，如果合法政府的公务人员拒绝在占领国下服务，或在占领期间被占领国撤职，占领国就必须暂时委派其他公务人员。②

**第 172 目　法院在占领期间的地位**　由于法院现代在文明国家内具有独立的地位，所以有必要对法院在占领期间的地位加以讨论。上面已经说明③，英美两国对海牙章程第二十三条（辛）的解释是：该项规定禁止占领敌国领土的国家宣布当地居民的权利和诉讼权的消灭、停止或在法院中不予执行；而且第四十三条规定，除非绝对无法做到，否则占领国必须尊重当地的现行法律。④ 但是，占领国得于必要时设立军事法庭以代普通法院；而且，如果占领国允许普通法院执行司法，并在其允许普通法院执行司法的范围内，占领国仍然可以在军事上或为维持公共秩序与安全有必要时，暂时改变法律，⑤ 特别是执行司法所依据的刑法以及关于程

---

① 许多作者主张，如果占领国让合法政府的官员留任，它“必须”照付他们原薪。关于这一点，并没有任何习惯或协定规则。对这些人照付薪金是有利于占领国的，占领国通常会这样做。只有在海牙章程第四十八条的情形下，占领国才必须这样做。

② 在维杜西案中，意大利最高法院认为，盟国占领军所委派的一个官员是意大利刑法意义上的官员；企图对他行贿，根据意大利法律是可以处罚的。

③ 见第 100 目——1。

④ 见第 169 目。

⑤ 见第 169 目。

序的法律。① 不但如此，在例外情形下，如果被占领国的法律根本违反正义和法治的起码概念，占领国应被认为有权置被占领国的法律于不顾。海牙章程的起草人没有设想到象国社党德国那样完全无视人权和近代法制观念的独裁政权。消除与该政权相联系的法律，曾经被宣布为盟国进行战争的主要目的之一。因此，当盟国军队进入德国时，德国军政府于 1944 年 9 月 18 日制订的第一个法律即规定："为了从占领地的德国法律和行政中消除国社党的政策和主义，并使德国人民重获正义的统治和法律前的平等"，某些纳粹的根本法以及任何附属的法律、法令和条例在占领地内一概作废。英国当局在意大利占领区内采取了同样的措施。对第四十三条并不作过分勉强的解释就可以这样说：西方国家是"绝对无法做到"在占领区内执行这些根本违反近代法治观念的法律和原则的。②

毫无疑问，占领国可以和停止其他官员的职务一样停止法官的职务。但是，如果它停止了他们的职务，它就必须任命其他人来代替他们。如果他们愿意在占领国下服务，占领国必须按照当地国的法律尊重他们的独立地位。虽然它不必允许法院以合法政府的名义宣布判决，但它却无权强制法院以占领国名义宣布判决。③

① 在安特卫普市诉德国案中，德比混合仲裁法庭判称，德国应对原告按照德国驻比军事当局所设立的法庭的判决被迫付出的款项负责。

② 军政府第一号公告宣称："我们将推翻纳粹统治，解散纳粹党，并废除该党所建立的残暴的、压迫性的和歧视性的法律和制度。"第一号法律第二条规定："在占领区内，在司法上和行政上都不得实施任何德国法律，如果这种实施会因下述情形而造成不公平或不平等的结果……（乙）由于根据种族、国籍、宗教信仰或反对国社党或其指令的理由而对任何人加以歧视。"关于意大利，1943 年西西里盟国军政府发布的第一号公告规定："法西斯党应予解散，一切歧视性的法令和法律应予废止。"

③ 法德战争中发生的一个案件可作为说明。1870 年 9 月，在拿破仑皇帝倒台和法兰西共和国宣告成立后，南锡上诉法院曾"以法兰西政府和人民的名义"宣布它的判决。由于德国还没有承认法兰西共和国，所以德方命令该法院使用"以占领阿尔萨斯和

**第 172 目——1　第二次世界大战期间德国的交战占领**　除了在战争结束阶段对意大利领土的占领外，在整个第二次世界大战积极作战期间，德国——包括它的盟国——是需要实施军事占领规则的主要交战国。就是在这方面，特别是对东欧占领地，德国犯了空前未有的违反几乎所有交战占领法规的罪行。它停止了大部分当地法律的施行。它为了德国的利益和德国作战努力的利益而对公私财产实行一种有计划的榨取政策。[①] 在大部分占领地内，它使当地人民的民事权利和政治权利服从于德意志纳粹国家的原则。以百万计的居民被强运到德国去从事强迫劳动。[②] 为了压制

---

洛林的德意志各邦的名义"这一公式，但又表示，如果该法院反对这一公式，德方可以承认另一种公式，甚至准备允许使用"以法兰西皇帝的名义"的公式。因为皇帝那时尚未逊位。但该法院拒绝使用"以法兰西政府和人民的名义"以外的公式来宣布它的判决，因此停止开庭。德国人没有权利下令使用"以占领阿尔萨斯和洛林的德意志各邦的名义"的公式，这是没有疑问的，但他们当然也不一定要承认法院所选择的公式。他们既然愿意承认另外一种公式，该法院就应该接受一种妥协办法。布伦奇理正确地认为，这一难题的最自然的解决办法是使用"以法律的名义"这一中立的公式。

另一方面，在第一次大战中，在德国占领比利时期间，德国对于比国法院以比利时国王名义宣布并执行其判决的办法并未加以干涉。但在 1918 年情形发生了变化。由于若干法官被强运出境，比利时法院停止开庭，于是成立了一些德国法院以代替比利时法院。在缅甸高等法院在 1946 年判决的英王诉芒明和阿布杜•阿齐兹诉苏拉台•巴拉•巴查尔两案中，法院明确承认了占领国依第四十三条有权设立法院，但须其设立在其他方面符合当地法律并且执行当地法。1946 年，香港最高法院在吴章西(译音)诉勃朗案的判决中称，虽然在占领国权力下行使职权的法院有权下令指派新的遗嘱执行人，但这种命令只在战时占领的非常情况继续时才是有效的。该法院在 1947 年张甘川(译音)诉梁何卫纯(译音)案中判称，日本所设立的香港民事法庭发给的管理遗产授权书是有效的，虽然其所遵循的程序和普通法院略有不同。

对法院工作所适用的原则，正如对整个战时占领法所适用的原则一样，暗含有被侵占国及其主权继续存在的意思。在第二次世界大战期间，德国粗暴地违反了这一原则，特别是对于波兰。德国占领当局和德国法院都认为波兰国家已经不存在。1940 年 9 月 7 日德国关于没收占领地内大批居民——特别是犹太人——的财产的命令，就曾提到前波兰国家。德国最高法院在 1941 年 9 月 17 日的一个判决中也是这样。

① 见第 138 目——2。

② 见第 170 目。

反对占领国的一切抵抗，它对居民实行恐怖政策。[1] 特别在这方面并且联系到海牙章程第四十六条，[2] 纽伦堡国际军事法庭认为："德国占领下的地区的管理是违反战争法规的"，而且有"压倒一切的证据证明那里存在着一种有计划的暴力、残忍和恐怖的统治"。在东欧，德国实行了一种旨在减少知识分子和政治反对者的政策。在德国以及其他地方设立了拘禁占领区的人的集中营。用国际军事法庭判决书的话来说，"在许多情形下，在他们被运往集中营时，对他们沒有任何照顾，很多人死在中途。那些到达集中营的人受到有计划的残酷待遇。他们被迫从事艰苦的体力劳动，而沒有足够的食物、衣服和住处，而且无时无刻不受到严酷无情的管理制度和守卫人员个人喜怒的支配。"德国陆军经常派出特别部队从事有计划的定期袭击，以消灭某些部分的居民。集中营是按照德国政府的种族主义政策消灭从占领地来的六百万犹太人——其中大部分都在这些集中营中设置的毒气室内被消灭——的主要工具。[3] 在 1945 年和 1946 年纽伦堡国际军事法庭对德国首要战犯的审讯

---

① 见第 60 目。

② 见第 116 目——1。

③ 其他方法包括用发给纯粹有名无实的食物定量把人饿死。这些国家的犹太公民在被消灭之前就完全被剥夺了政治权利和及公民权利，并且被隔离在犹太人居住区中。用纽伦堡国际军事法庭的话来说，对犹太人的迫害和灭绝"是一部最大规模的一贯的和有计划的惨无人道的行为的记录"。从判决书的下述一段中就可以看到这一政策的受害者在集中营里所受到的待遇的情景："我们获得了关于被关在集中营中的人被消灭前后的待遇的证据。有人作证说，妇女被害者在被杀害前，头发被剪下，运往德国供制造垫褥之用。被关在营中的人的衣服、金钱和贵重物品也被搜去并送往有关机关处理。在被消灭之后，从尸体的头部取下金的镶牙或补牙送往德国国家银行。在焚化后，尸灰被用作肥料；有几次曾经试图利用被害者身体内的脂肪供商业上制造肥皂之用。有特别小组巡行欧洲各地，寻找犹太人，以便对他们加以'最后解决'。德国曾派遣代表团到匈牙利、保加利亚这些卫星国，办理运送犹太人到消灭营去的事宜。据现在所知，在 1944 年年底以前，在奥斯威兹有四十万来自匈牙利的犹太人被害。"见第 257 目——1。

中，被告之中大多数都因与军事占领法有关的战争罪而被判罪。各国军事法庭和特别法院所举行的战犯审判中，有许多案件也是这样。① 同样地，许多日本武装部队人员也是因为这一项战争罪而受审和判罪的。

**第 172 目——2 1949 年日内瓦公约和占领地内平民的保护**

第二次世界大战期间德国军事占领实践的无法无天和残暴情形的间接结果之一，就是人们试图将海牙章程关于这个问题的规定加以补充并使之更为明确。这一试图通过 1949 年关于战时保护平民的日内瓦公约而得到了实现。第二十七条至第三十四条是关于上面已经扼要述及的，对交战国领土内及占领地内平民的保护同样适用的一般性规定，② 而第四十七条至第七十八条则是专门关于占领地的。它们大部分是宣示现行国际法的——虽然在有些方面超过了海牙章程的规定，并且，就缔约国之间而言，代替了海牙章程的规定。③ 这些规定大部分都带有第二次世界大战经验的痕迹。例如第四十七条明文规定："在任何情况下或依任何方式"都不得因占领领土的结果引起该地制度或政府的变更，或因交战国

① 在 1946 年汉堡英国军事法庭判决的德许等案中，被告是一些德国平民，因供应杀人室所用的毒气而被判罪并被处死刑。在 1945 年美国军事委员会判决的克莱因等案（哈达玛疗养院案）中，被告是管理疗养院的一些德国平民，因杀害从占领区强运出境的人而被判罪。在 1946 年不伦瑞克英国军事法庭判决的盖立克等案（维尔布基案）中，被告也是一些德国平民，因杀害在他们管理下的育婴院中被强运出境的波兰母亲的婴儿而被控并判罪。

② 见第 100 目——2。

③ 由于该公约涉及很多种不同的问题，在这里略述其大概，是适宜的：第一部是关于公约所保护的各类的人以及关于保护国和视同保护国的组织的一般规定；第二部是关于对居民的一般保护以防止战争的某些影响，主要是关于病者、伤者的保护（见第 124 目——2）；第三部有三编。第一编是对于交战国领土和占领区的共同规定。第二编是关于交战一方领土内的外国人。第三编是关于占领区内的平民。这一公约的大部分（第七十九条至第一四一条）专门规定关于被拘禁人的待遇的规则（见第 100 目——2）。

兼并占领地之全部或一部，而剥夺本公约所赋予平民的利益。公约规定，自占领地将平民个别地或集体地强制移送和驱逐往占领国的领土或任何其他被占领或未被占领的国家，不论其动机如何，均所禁止。占领国不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土①——这一禁例的用意是要把占领国将其本国人移入以代替占领地人民的情形包括在内。

公约禁止占领国强迫占领地居民在占领国的武装部队或辅助部队中服务；占领国也不得允许使用压力或宣传以达到获得志愿投效的目的。与海牙章程不同，这个公约对于占领国有权要求居民做的工作有详细的规定。它不得强迫十八岁以下的居民工作，对年逾十八岁的居民，“亦只能派任占领军、公用事业或被占领国居民之衣、食、住、行或保健所需要之工作”(第五十一条)。不得强迫他们担任任何使他们参加军事行动的工作，也不得强迫他们用武力来保证他们从事强迫劳动所在地的设备的安全。不得要求他们在占领地以外工作。应尽可能把他们置于他们平常工作的地方。必须付给他们公平的工资，而且他们的工作也必须与他们的体力和智力相当(第五十一条)。不得干涉他们与保护国代表之间通讯的权利。

公约中关于公务人员和法官地位的规定——第五十四条——是有些不够清楚的。它规定，如果他们为良心的原因拒绝执行他们的职务，占领国不得改变他们的地位，或“以任何方式”对他们采取强迫或歧视措施，但它在实际上又规定，他们可以被强迫从事第五十一条所规定的工作。无论如何，占领国是有权将公务人员撤

① 第四十九条。同条规定了关于因居民的安全或迫切的军事理由所要求而依适当方式进行的全部或部分撤退的事项。这种撤退不得使平民在占领地境外流离失所，“但因物质原因不能避免上述流离失所则为例外”(法文本中用了“除非由于物质上不可能的情形”一语——这或者更正确地表达了该条的意图)。

换的。

公约明文规定，对于私人、或国家、或其他公共机关、或社会或合作组织所有的动产或不动产，除为军事行动有绝对必要外，禁止加以破坏。①

公约这一部的大部分条款都是与占领国实施刑法和使被告获得司法保障有关的。公约规定，当地国的刑事法规除经占领国废除或停止外，应继续有效。在刑事法规构成对占领国安全的威胁或对本公约实行的障碍的情形下，占领国可以予以废除或停止。为了保证对当地的有秩序的统治和占领军的安全和需要，占领国可以制订刑事法规，这些法规应正式公布，并且不得具有追溯性。占领国得将这样制订的刑事法规的执行交给他自己设立的在占领地内开庭的非政治的军事法庭——但上诉法庭可在占领地以外开庭（第六十四条至六十六条）。② 对平民只有在当事人犯有间谍罪、对占领国的军事设备的严重破坏的罪行、或故意致人于死亡的罪行的情形下，才可处以死刑——但这些罪行必须在占领前依据占领地的法律是可以判处死刑的③，法院必须被提起注意被告并无对占领国效忠的义务的事实，而且被告必须在犯罪时年龄不低于十八岁。除了破坏战争法规与惯例的行为外，占领国对任何人都不

① 第五十三条。

② 公约第六十七条规定，这些法庭应仅适用符合一般法律原则，尤其是刑罪相当原则的法律规定。很难设想占领国所设立的法院如何能够适用任何这种性质的准则。法律是怎样规定的，法院就必须怎样适用——除非把第六十七条看作是一种例外，即企图使一个条约对国内法院发生直接拘束力，而不顾后来任何相抵触的国内法。第六十八条规定，占领国所设立的法庭对于纯以损害占领国为目的的罪行，而此项罪行并非企图杀害占领军或行政机构人员的生命或肢体，也不构成对生命、财产或设备严重的集体危险者，“可自行斟酌将监禁之判决改为同样期限之拘禁”。但是，法院如何能根据公约中所包含的受权办事，而不顾法院管辖权所依据的法律，这也是不清楚的。

③ 联合王国、美国、加拿大和荷兰，对第六十八条第二款所列举的罪行，保留处以死刑的权利，而不论在占领开始前依据占领地的法律对这些罪行是否可以处死刑。

得因占领前的行为而予以逮捕、追诉或定罪。① 公约对下述各项有详细规定：保证正规的审判；通知保护国、保护国派代表观审、死刑或两年或两年以上徒刑的任何判决的情况材料送交保护国；关于证据和辩护事项的保障；上诉权；在囚禁和拘留中的人道待遇（第七十一条至七十六条）。在占领终止时，被控犯罪的和被占领地法庭判罪的平民，都应移交给被占领地的当局。②

最后，公约采用了一种新办法，它对占领国加以一些关于保证居民的食物和充分医疗供应品和医疗服务的积极义务。第五十五条规定："占领国在其所有方法之最大限度内，负有保证居民之食物与医疗供应品之义务"，而且"如占领地资源不足时，尤应运入必需之食物、医疗物资及其他物品"。③ 其结果，公约大大限制了向来所承认的征用权。公约允许征用——供占领军和行政人员之用（但不能作其他用途）——在占领地所能得到的食物、物品或医疗供应品，但是"只有业已顾及平民之需要"后，它才允许这样征用。公约关于在占领地的全部或一部供应不足的情形下国外救济计划及分配和管理，都有详细的规定。④

关于本公约所适用的冲突的种类，和公约对非本公约缔约国的国家的实施范围，以及保护国和红十字国际委员会的地位等问题，本公约的规定和 1949 年关于战俘待遇的日内瓦公约的规定相同。⑤ 有关公约的适用或解释的争端和有关公约的执行与施行，也是这样。⑥ 除了那些主要是与病者、伤者有关的规定以外⑦，这个

① 第七十条。同条规定，占领国国民在战事发生前即逃亡于被占领国领土者应享受豁免，但这不适用于战事开始后所犯的罪行或可引渡的罪行。

② 第七十七条。

③ 这不是说海牙章程的限制性规定在任何意义上都已经过时作废了。

④ 第五十九条至第六十二条。

⑤ 见第 126 目——1 和第 126 目——1 甲。

⑥ 见第 131 目。

⑦ 见第 124 目——2。

公约不保护不受本公约拘束的国家的国民。[①]但是,关于这些人,情况是与有效地退出本公约的国家一样的。这种国家仍受国际法原则的拘束——并有权利援用这些原则;"此等原则系产自文明人民间树立之惯例,人道法则与公众良心之要求"[②]。依据公约第五条,如果占领国相信某人确有危害该国安全的活动的嫌疑,或从事这种活动,这个人就不得要求公约所规定的权利和特权,如果其要求有害于占领国的安全。在军事安全绝对有此需要的情形下,这种人和被拘留的间谍和破坏分子一样,都不得享受公约所保证的通讯权利。但是,对所有这些人的待遇必须合乎人道。在任何情形下,不得剥夺他们公约所规定的公平和正规审判的权利。

① 依据第四条,这一公约对中立国或所谓共同交战国的国民,在他们的国家与占领国还有正常外交关系的期间,也不适用。

② 第一五八条。